

للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي

المسمى بالاستقصاء

تأليف

القاضي ضياء الدين أبي عمرو المارداني
المتوفى سنة ٦٠٢ هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود
الدكتور أحمد عيسى حسن المعصراوي
الدكتور حسين عبد الرحمن أحمد
الدكتور محمد أحمد عبد الله

الدكتور مجدي سرور باسلوم
الدكتور أحمد محمد عبد العال
الدكتور بدوي علي محمد سيد
الدكتور إبراهيم محمد عبد الباقي

الجزء الخامس عشر

تنبيه:
يحتوي هذا الجزء على بحث مطول في النقود
العصرية من تأليف الأساتذة المحققين

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



الطبعة الأولى
١٤٢٣ هـ ـ ٢٠٠٢ م

دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان

رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ ـ ٣٦٦١٣٥ ـ ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد : ١١.٩٤٢٤ بيروت. لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon

Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1ère Etage
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P. : 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3708-5
90000>
9782745137081

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب: الشركة

يصح عقد الشركة على التجارة؛ لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه -: أن النبى ﷺ قال: «قال الله - تعالى -: أنا ثالث الشريكين، ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانا خرجت من بينهما» ولا تصح الشركة إلا من جائز التصرف فى المال؛ لأنه عقد على التصرف فى المال، فلم تصح إلا من جائز التصرف فى المال.

(فصل) ويكره أن يشارك المسلم الكافر؛ لما روى أبو جمرة، عن ابن عباس - رضى الله عنه - أنه قال: لا تشاركن يهوديًا، ولا نصرانيًا، ولا مجوسيًا. قلت: لم؟ قال: لأنهم يربون، والربا لا يحل.

(فصل) وتصح الشركة على الدراهم والدنانير؛ لأنهما أصل لكل ما يباع ويبتاع، وبهما تعرف قيمة الأموال، وما يزيد فيها من الأرباح، فأما ما سواهما من العروض؛ فضربان: ضرب لا مثل له، وضرب له مثل.

فأما ما لا مثل له: كالحيوان، والثياب؛ فلا يجوز عقد الشركة عليها؛ لأنه قد تزيد قيمة أحدهما دون الآخر، فإن جعلنا ربح ما زاد قيمته لمالكه، أفردنا أحدهما بالربح، والشركة معقودة على الاشتراك فى الربح.

وإن جعلنا الربح بينهما، أعطينا من لم تزد قيمة ماله ربح مال الآخر، وهذا لا يجوز.

وأما ما له مثل: كالحبوب، والأدهان؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز عقد الشركة عليه، وعليه نص (فى البويطى): لأنه من غير الأثمان، فلم يجز عقد الشركة عليه؛ كالثياب، والحيوان.

والثانى: يجوز، وهو قول أبى إسحاق؛ لأنه من ذوات الأمثال، فأشبه الأثمان، وإن لم يكن لهما غير العروض، وأراد الشركة، باع كل واحد منهما بعض عرضه، ببعض عرض الآخر، فيصير الجميع مشتركًا بينهما، ويشتركان فى ربحه.

(الشرح) قوله «أنا ثالث الشريكين .....» أخرجه أبو داود[1]،

(1) ٢/٢١٦ كتاب البيوع باب فى الشركة (٣٣٨٣) .

والدارقطني[١]، والحاكم[٢]، والبيهقي[٣]، كلهم من طريق محمد بن الزبرقان عن أبي حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة به وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

قال الزيلعي في نصب الراية[٤]: قال ابن القطان في كتابه: وهو حديث إنما يرويه أبو حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة، وأبو حيان هو يحيى بن سعيد بن حيان أحد الثقات لكن أباه لا يعرف له حال ولا يعرف من روى عنه غير ابنه ويرويه عن أبي حيان أبو همام محمد بن الزبرقان، وحكى الدارقطني عن لوين أنه قال: لم يسنده غير أبي همام. ا. هـ.

وقال الحافظ في التلخيص[٥]: وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان والد أبي حيان وقد ذكره ابن حبان في الثقات وذكر أنه روى عنه أيضا الحارث بن يزيد لكن أعله الدارقطني بالإرسال فلم يذكر فيه أبا هريرة وقال: إنه الصواب ولم يسنده غير أبي همام بن الزبرقان. ا. هـ.

وفي الباب عن حكيم بن حزام: رواه الأصبهاني في الترغيب والترهيب كما في التلخيص[٦].

قوله: «لما روى أبو جمرة عن ابن عباس قال: لا تشاركن يهوديا ولا نصرانيا..».

أخرجه بن أبي شيبة في المصنف[٧]، والبيهقي في السنن[٨].

أما أبو جمرة[٩]- بفتح الجيم، وسكون الميم، وفتح الراء - فهو نصر بن عمران

---

(١) ٣/ ٣٥ كتاب البيوع (١٣٩).
(٢) ٢/ ٥٢.
(٣) ٦/ ٧٨ كتاب الشركة باب الامانة في الشركة وترك الخيانة.
(٤) ٣/ ٤٧٤ - ٤٧٥.
(٥) ٣/ ١٢٠.
(٦) ٣/ ١٢١.
(٧) (٥/ ٦).
(٨) (٥/ ٣٣٥).
(٩) تنظر ترجمته في طبقات ابن سعد (٧/ ٢٣٥)، والثقات (٥/ ٤٧٦)، والاستيعاب (١٢٠٩)، وذكر أسماء التابعين (١/ ٣٧٦)، وطبقات ابن خياط (٢١٤)، وتهذيب التهذيب (١٠/ ٣٨٥)، والكاشف (٣/ ١٧٨)، وتهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٢٠٤).

الضبعى - بضم الضاد، وفتح الباء. سمع ابن عباس. روى عنه شعبة، وحماد بن زيد، وحماد بن سلمة، وقتادة. وهو فى الطبقة الثالثة من تابعى البصرة. قال ابن سعد: وكان ثقة مأمونا واتفقوا على توثيقه، قال ابن معين وأحمد بن حنبل وأبو زرعة وآخرون: هو ثقة، روى له البخارى ومسلم: قال مسلم كان مقيما بنيسابور ثم انصرف إلى مرو ثم إلى سرخس وقال مسلم فى صحيحه من كتاب الجنائز فى حديث القطيعة: توفى أبو جمرة بسرخس قال عمرو بن على والترمذى: توفى سنة ثمان وعشرين ومائة وليس فى الرواة من يقال له أبو جمرة بالجيم غيره، قال بعض الحفاظ: يروى شعبة بن الحجاج عن سبعة عشر رجلا كلهم عن ابن عباس يقال لكل واحد منهم: أبو حمزة بالحاء والزاى إلا هذا نصر بن عمران فإنه بالجيم والراء وعلامته أنه يأتى مطلقا عن ابن عباس وأما غيره فقد يوصف أو ينسب قال: وكان عمران والد أبى جمرة رجلا جليلا وكان قاضى البصرة. توفى فى ولاية يوسف بن عمر على العراق.

تعريف الشركة فى اللغة:

الشركة فى اللغة: مصدر من شَرِكَ يَشْرَكُ شِرْكًا، وقيل: اسم مصدر من شارك يشارك مشاركةً، أو من المضعف: شَرَّكَ يُشَرِّكُ تَشْرِيكًا ومشاركة.

وفى لفظ الشركة لغاتٌ، أشهرها ثلاثة هى: شِرْكة، بكسر فسكون، وشَرِكَة، بفتح فكسر، وشَرْكَة، بفتح فسكون[١].

قال الفيومى[٢]: واستعمال المخفَّف أغلب؛ كما يقال: كِلْمٌ، وكَلِمة.

ويقال: شاركت فلانًا: صِرْتُ شريكه، وفى حديث أم معبد: [من الطويل]

إلى الله أشكو ما أرى من جيادنا تَشَارَكن هَزْلَى مخهن قليل[٣]

ويقال: طريق مشترك: يستوى فيه الناس. وشَرِكَهُ فى الأمر، يَشْرَكُهُ: دَخَلَ معه فيه، وأشْرَكَهُ فيه. وأشرك فلانًا فى البيع، إذا أدخله مع نفسه فيه، ومنه قوله تعالى:

---

(١) ينظر اللسان (شرك).

(٢) المصباح المنير (شرك).

(٣) البيت لعبيدالله بن الحر الجعفى فى اللسان (سوك)، وتاج العروس (٢٧/٢١٧) (سوك)، وبلا نسبة فى اللسان (شرك)، وتاج العروس (شرك)، كما نسب إلى عبيدة بن هلال اليشكرى فى الجمهرة (٣/١٩، ٤٨) وروايته: تساوكن هزلى.

﴿وَأَشْرِكْهُ فِىٓ أَمْرِى. . .﴾ [طه: ٣٢] أى: اجعله شريكًا لى.

والشِرْك؛ بوزن العلم: الإشراك والنَّصيب. والشركة: واحدة الشركات، وواحد الشركاء: شريكٌ، يجمع على: شركاء وأشراك.

ومعناها: الاختلاط، أو خلط الملكين، أو مخالطة الشريكين واشتراكهما فى شىء واحد.

وقيل: هو أن يوجد شىء لاثنين فصاعدًا، عينًا كان ذلك الشىء أو معنى.

وقيل: أن يكون الشىء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما.

وحاصل ما قيل: أن معنى الشركة فى اللغة(١): الاختلاط والامتزاج، وورد فى هذا المعنى قوله تعالى: ﴿فِيهِ شُرَكَآءُ مُتَشَٰكِسُونَ. . .﴾ [الزمر: ٢٩]، وقوله ﷺ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِى ثَلَاثَةٍ: الْمَاءِ والْكَلإِ والنَّارِ»(٢).

تعريف الشركة فى اصطلاح الفقهاء:

أولًا - تعريف الشافعية:

الشركة عند الشافعية هى: ثبوت الحق فى شىء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع(٣).

شرح التعريف وإخراج محترزاته:

قوله «ثبوت الحق»: المراد بالحق: ملك العين أو المنفعة، فيدخل المؤجر، وهذا ليس بمقصود الباب؛ إذ مقصوده: عقد يقتضى ثبوت ذلك الحق بمعنى التصرف، ولا يفيد كونه على جهة الشيوع؛ فتفسير الحق فى الأول غير تفسيره فى الثانى.

اعتراض:

فإن قيل: الأولى أن يقال: هى عقد يقتضى ثبوت ذلك.

الجواب: قلنا: قال البجيرمى: نعم؛ لأن الباب معقود للشركة الخاصة التى تفيد التصرف للعاقدين أو لأحدهما، وهى لا تكون إلا بعقد؛ فيخرج الاشتراك فى

(١) ينظر: الصحاح (٤/ ١٥٩٣)، معجم مقاييس اللغة (٣/ ٢٦٥)، المصباح المنير (١/ ٤٧٤)، النهاية فى غريب الحديث (٢/ ٤٦٦)، اللسان (شرك)، ترتيب القاموس (شرك)، مختار الصحاح (٣٣٦) (شرك).

(٢) رواه ابن ماجه (٢/ ٨٢٦) كتاب الرهون باب المسلمون شركاء فى ثلاث، رقم (٢٤٧٢).

(٣) تحفة الحبيب (٣/ ١٠٤)، حاشية الجمل على المنهج (٣/ ٣٩٢)، الشرقاوى على التحرير (٢/ ١٠٤)، مغنى المتحاج (٢/ ٢١١).

الأعيان بإرث أو غيره، الشامل له الأول؛ إذ لا يفيد ثبوت التصرفات المذكورة فى كتاب الشركة، لكن الأولى أن يقول فى هذا المقام: هى عقد يقتضى ثبوت التصرف دون قوله: ثبوت ذلك، إلا أن يريد ثبوت الحق السابق التصرف.

وقوله «الأولى» ليس بأولى، بل الأول أولى؛ ليدخل نحو الموروث والقصاص وحد القذف والشفعة ونحوها.

قولهم: «على جهة الشيوع» هو الملك وتوابعه.

ثانيًا - تعريف الحنفية:

عرف الحنفية الشركة بقولهم: «هى عبارة عن عقد بين المتشاركين فى الأصل والربح»[(١)].

شرح التعريف:

«هى عبارة» إشارة إلى الشركة.

«عقد» جنس فى كل عقد.

«بين المتشاركين» توضيح لماهية التعريف، وأنه عقد شركة، وليس عقدًا آخر.

«فى الأصل» أصل المال الذى تقوم عليه الشركة.

«والربح» هو الذى ينتج عن تشغيل مال الشركة.

ثالثًا - تعريف المالكية:

الشركة عند المالكية مقسمة إلى قسمين:

الأول: عامَّة، وهى: تَقَرُّرُ متمول بين مالكين فأكثر، ملكًا فقط[(٢)].

شرح التعريف وإخراج محترزاته:

قوله: «تقرر» جنس أو بمنزلته على الاختلاف فى المهايأة الاصطلاحية؛ وهو يشمل كل تقرر.

قولهم: «متمول» فصل خرج به ما ليس متمولًا: كثبوت النسب بين أخوة وبنوة.

قولهم: «بين مالكين» خرج به تقرير متمول بين غير مالكين: كوصيين ووكيلين.

قولهم: «ملكًا» قيد خرج به ملك الانتفاع؛ لأنه ليس بملك؛ لأن الملك يتبادر

---

(١) مجمع الأنهر (١/ ٧١٤)، تبيين الحقائق (٣/ ٣١٣)، شرح فتح القدير (٦/ ١٥٢)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٣٢)، المبسوط (١١/ ١٥١) .

(٢) ينظر الكافى (٢/ ٧٨٠)، مواهب الجليل (٥/ ١١٧) .

منه عند الإطلاق ملك الذات، أو المنفعة، ولا يوجد شيء من ذلك فى ملك الانتفاع.

وقولهم: «فقط» يقتضى تباينًا كليًّا بينهما؛ فبطل كونها عامة، والأولى حذف «فقط»؛ حتى يتحقق كونها عامة. وفقط: اسم فعل، بمعنى: انْتَهِ عن الزيادة، وهو قيد خُرِّج به الشركة الخاصة؛ فإن فيها زيادة التصرف.

الثانى: خاصَّة، وهى: بيع مالك كلٍّ بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما فى الجميع.

شرح التعريف وإخراج محترزاته:

قوله: «بيع» جنس فى التعريف يشمل كل بيع.

قولهم: «مالك كلٍّ» قيد أول خرج به شركة الفضولى؛ إذ لا ملك له.

قولهم: «بعضه»، أى: بعض ذلك الكل المملوك له.

قولهم: «ببعض الآخر» قيد ثان خرج به ما إذا باع كل واحد منهما كل ماله بكل مال الآخر؛ فليس بشركة، فضلًا عن كونها خاصة.

قولهم: «موجب صحة تصرفهما فى الجميع» صفة البيع وهو قيد ثالث خرج به شركة الإرث والغنيمة.

والمعنى: أنها بيعٌ مستلزمٌ صحة تصرف المالكين البائعين فى جميع المالين تصرفًا مطلقًا محصِّل لشركة التجر، مخرج لما عداها؛ كشركة الإرث والغنيمة.

وكذلك مخرج لما إذا خلط اثنان طعامًا لأكل فى الرفقة؛ فإن ذلك الخلط لا يوجب صحة تصرفهما المطلق، وشمل شركة الأبدان والحرث، باعتبار العمل؛ لجواز التصرف؛ فإن محل كل منهما باع بعض منافعه ببعض منافع الآخر، وإن كانت معدومة وقت العقد؛ تنزيلًا لها منزلة الموجود.

أما حكمة مشروعية الشركة: فالله - سبحانه وتعالى - خلق الخلق، وهو عالم بضعفهم، واحتياجهم لبعض، وجعلهم مدنيين بطبعهم لا يستغنى أحدهم عن الآخر فى معاملتهم المالية والشارع الحكيم لم يترك بابًا من أبواب المنفعة إلا طرقه وفتحه، ولا سبيلًا من سبل السعادة إلا مهدها وسهلها وحث عليها.

فمن ذلك الشركة لما فيها من معاونة الشركاء بعضهم بعضًا مالًا وبدنا. فلو جرى الناس عليها وراعَوْا شروطها الشرعية لعم النفع، ولأزهرت رياض السعادة فى

ربوعهم؛ ولذا حث الشارع وندب إليها، قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وقد أمر الله - سبحانه وتعالى - على لسان رسوله ﷺ بالتحلى بفضيلة الأمانة فيها لتحصل البركة لهم والمساعدة فى شركتهم؛ لأنها مدار نجاحها فقال ﷺ «قال الله تعالى: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا الآخَرَ، فَإِذَا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا» ومعنى الحديث: أنا معينهما ومساعدهما ومبارك لهما فى مالهما وبدنهما.

ومن فوائد الشركة: ترقية الأعمال التجارية وفروع الصناعات المختلفة، وتكثير وسائل تنمية الثروة، وبها أمكن مد السكك الحديدية فى أنحاء المعمورة، وبناء المعامل الضخمة، والقناطر المشيدة والأساطيل التجارية الضخمة، وبها نبغ المهرة فى جميع الحرف والصناعات حتى أمكن صنع كثير من لوازم الحياة وكمالياتها لسد حاجات الإنسان المتزايدة باستمرار، وقد فطن لهذه أهل الغرب ومن سايرهم فتمسكوا بها، وانتفعوا بفوائد هذه الشركات ونالوا منها الأرباح الطائلة والأموال الجمة، وصار لهم فى كل بلد من بلدان العالم شركات كثيرة يرتبط بها أهم المصالح العامة التى لا يمكن الاستغناء عنها، فوصلوا من ذلك إلى مآربهم المادية والاقتصادية والسياسية والقومية. وبالجملة فهى مما عليه مدار انتظام مصالح الفقير والغنى والمالك والمعدم، خصوصًا المزارعة؛ فإن حياة النوع الإنسانى والحيوانى متعلقة بالأرض، وما أودع الله فيها من الخيرات والنعم الجليلة، ولا يمكن للمُلاك - وهم قليلون لا يستطيع أكثرهم العمل فى المُزارعة وعمارة الأرض واستثمارها - سد حاجات أنفسهم فضلًا عن سد حاجة المجتمع البشرى، وحولهم الكثيرون ممن يستطيع العمل وحرث الأرض واستغلالها على الوجه المطلوب، ولا ينقصهم إلا التمكن من أعمال الزراعة واستثمارها، فكانت حاجة النوع الإنسانى ماسة إلى شركة المزارعة؛ لتتوفر أسباب الحياة وتنتظم المصالح للنوع الإنسانى وتزول أكبر عقبة فى سبيل نمو الإنسان والحيوان؛ فشرعت رحمة بالعباد ولطفًا بهم: ﴿إِنَّ اللَّهَ بِالنَّاسِ لَرَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٤٣][(١)].

قوله: «أنا ثالث الشريكين. . . إلخ». وزاد رزين: «وجَاءَ الشَّيْطَانُ»: أى: ودخل

---

(١) ينظر الشركة لمحمود آدم .

بينهما وصار ثالثهما.

قال الطيبي - رحمه الله -: الشركة عبارة عن اختلاط أموال بعضهم ببعض بحيث لا يتميز، وشركة الله تعالى إياهما على الاستعارة، كأنه تعالى جعل البركة والفضل والربح بمنزلة المال المخلوط، فسمى ذاته تعالى ثالثًا لهما، وجعل خيانة الشيطان ومحقه البركة بمنزلة المخلوط، وجعله ثالثًا لهما. وقوله: خرجت من بينهما ترشيح الاستعارة، وفيه استحباب الشركة؛ فإن البركة منصبة من الله تعالى فيها، بخلاف ما إذا كان منفردًا؛ لأن كل واحد من الشريكين يسعى في غبطة صاحبه، وأن الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه المسلم[(١)].

الأحكام: يصح عقد الشركة على التجارة على ما يأتي بيانه؛ لما روى أبو هريرة -رضي الله عنه- أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال: «قَالَ اللهُ -تعالى-: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا»[(٢)]، ومعناه: أنَّه معهما بالحفظ، والرِّعَاية، والحِمَاية، وأنه يمدهما بالمَعُونةِ في جميع أحوالهما، وإنزالِ البركة في تجارتهما، وأموالِهما، ومتَى وقعَتْ بينهما الخيانة، ارتفعتْ عنهما البَرَكَةُ، والإعانة؛ ووكُلا إلى أنفسهما، وروى عن النبي ﷺ أنه قال: «يَدُ اللهِ تَعَالَى عَلَى الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَتَخَاوَنَا».

فصل: ولا تصحُّ الشركة إلا من جائز التصرف في المال، بأن يكون: بالغًا، عاقلًا، غير محجور عليه؛ لأنه عَقْدٌ على التصرف في المال، فلا تصحُّ إلا من جائز التصرف في المال؛ كالبيع.

وفي قوله «عقد» احتراز من التصرف في: الأكل، والشرب، والاستمتاع بالزوجة والجارية ونحو ذلك. وقوله «في المال» احتراز من العبادات؛ فإنها تصحُّ من الصبي والمحجور عليه لغير الجنون، واحترازٌ من الطلاق والخُلْع.

فصل: ويكره أن يشارك المسلم كافرًا، وحكى عن الحَسَنِ البصري؛ أنه قال: إنْ كَانَ الذي يتصرف فيه المسلم، لم يكره، وإن كان الذي يتصرَّف فيه الكافر أو هما جميعًا، كره[(٣)].

---

(١) ينظر مرقاة المفاتيح (٦/ ١٣٨).
(٢) تقدم.
(٣) قال في المغني لابن قدامة (٥/ ٣): قال أحمد: يشارك اليهودي والنصراني، ولكن لا يخلو =

دليلنا: ما روى أبو حمزة عمران بن أبى عطاء القصاب، عن عبد الله بن عبَّاس - رضى الله عنه - أنه قال: «لَا تُشَارِكَنَّ يَهُودِيًّا وَلَا نَصْرَانِيًّا، قُلْتُ: لِمَ؟ قَالَ: لأَنَّهُمْ يَرْبُونَ وَالرِّبَا لَا يَحِلُّ» ولا يعرف له مخالفٌ؛ ولأنَّ الكافر إنْ تولىَّ التصرُّف، لم يؤمَنْ أن يدخل فى المال مُحَرَّمًا، وإن تولاه المسلم، فالغالب أنَّ مال الكافر لا ينفك عن حرام؛ لاستحلاله الربا، وثمن الخمر، ونحو ذلك؛ فكُرِهَ أن يكونَ شريكًا له فى الحالَيْن.

فصل: وتَصِحُّ الشركة [على الدراهم] والدنانير التى لا غش فيها؛ لأَنَّهما أصل لكلِّ ما يباع ويبتاع؛ وبهما تعرف قيمةُ الأَمْوال وما يزيد فيها مِنَ الأرباح.

فصل: فأمَّا ما سوى الدراهم والدنانير، فينظَرُ فيه:

فإنْ كان من العرُوض - بضم العين -، واحده: عَرْض - بفتح العين وتسكين الراء، وفى قولنا: «من العُرُوض»: احترازٌ من الديون. والعَرْض: المتاعُ، والعروض: الأمتعة، وكل شىء من المال؛ فهو عَرض، سوى الدراهم والدنانير؛ فإنَّهما عين. وقال أبو عُبَيْد: العُرُوض: الأمتعة التى لا يدخلها كَيْلٌ ولا وزن، ولا

= اليهودى والنصرانى بالمال دونه ويكون هو الذى يليه؛ لأنه يعمل بالربا. ولنا: ما روى الخلال بإسناده، عن عطاء قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن مشاركة اليهودى والنصرانى، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم». ولأن العلة فى كراهة ما خلوا به، معاملتهم بالربا، وبيع الخمر والخنزير، وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه. وقول ابن عباس محمول على هذا؛ فإنه علل بكونهم يربون، كذلك رواه الأثرم، عن أبى حمزة عن ابن عباس، أنه قال: لا تشاركن يهوديا ولا نصرانيا ولا مجوسيا؛ لأنهم يربون، وإن الربا لا يحل. وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم، وهم لا يحتجون به. وقولهم: إن أموالهم غير طيبة، لا يصح؛ فإن النبى ﷺ قد عاملهم، ورهن درعه عند يهودى على شعير أخذه لأهله، وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة، وأضافه ﷺ يهودى بخبز وإهالة سنخة. ولا يأكل النبى ﷺ ما ليس بطيب، وما باعوه من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم، فثمنه حلال؛ لاعتقادهم حله، ولهذا قال عمر بن الخطاب - رضى الله عنه -: ولوهم بيعها وخذوا أثمانها. فأما ما يشتريه أو يبيعه من الخمر بمال الشركة أو المضاربة، فإنه يقع فاسدا، وعليه الضمان؛ لأن عقد الوكيل يقع للموكل، والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير، فأشبه ما لو اشترى به ميتة، أو عامل بالربا، وما خفى أمره فلم يعلم، فالأصل إباحته وحله، فأما المجوسى، فإن أحمد كره مشاركته ومعاملته، قال: ما أحب مخالطته ومعاملته؛ لأنه يستحل ما لا يستحل هذا. قال حنبل: قال عمى: لا تشاركه ولا تضاربه. وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب، لترك معاملته والكراهة لمشاركته، وإن فعل صح؛ لأن تصرفه صحيح.

يكونُ حيوانًا، ولا عقارًا؛ تقول: اشتريْتُ المتاعَ بعرض، أى: بمتاع مثله - فهو ضَرْبان: ضَرْبٌ لا مثل له، وضَرْبٌ له مِثْل.

فصل: فما لا مِثْلَ له فهو كالحيوان، والثِّياب، والحديد، والنُّحَاس، والرَّصَاص، ونحوِ ذلك؛ مما لا يُضْمَنُ بمثله؛ فلا يجوز عَقْد الشركة عليه؛ وبه قال أبو حنيفة[1].

وقال مالك[2]: يجوزُ، ويكونُ رأسُ مال كلٍّ واحدٍ منهما قيمة عرضه حالَة

(١) قال فى المبسوط (١١/ ١٦٠، ١٦١): الشركة بالعروض من الدواب والثياب والعبيد: لا تصح عندنا، وعلى قول ابن أبى ليلى ومالك رحمهما الله هى صحيحة؛ للتعامل وحاجة الناس إلى ذلك، ولاعتبار شركة العقد بشركة الملك، وفى الكتاب علل للفساد، فقال: لأن رأس المال مجهول، يريد به أن العروض ليست من ذوات الأمثال. وعند القسمة لا بد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما؛ ليظهر الربح. فإذا كان رأس مالهما من العروض، فتحصيله عند القسمة يكون باعتبار القيمة، وطريق معرفة القيمة الحزر والظن، ولا يثبت التيقن به. ثم الشركة مختصة برأس مال يكون أول التصرف به بعد العقد شراء لا بيعا، وفى العروض أول التصرف يكون بيعا، وكل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه ببيع متاعه على أن يكون له بعض ربحه، وذلك لا يجوز. وقد بينا أن صحة الشركة باعتبار الوكالة. ففى كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة، فكذلك الشركة. ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أمينا، فإذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن، والوكيل بالشراء يكون ضامنا للثمن فى ذمته، فإذا شرطه نصف الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن، ولأن فى الشركة بالعروض ربما يظهر الربح فى ملك أحدهما من غير تصرف بتغير السعر فلو جاز استحق الآخر حصته من ذلك الربح من غير ضمان له فيه. وربما يخسر أحدهما بتراجع سعر عروضه ويربح الآخر؛ فلهذه المعانى بطلت الشركة بالعروض، فإن باعا العروض بثمن واحد قسما الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم باعه؛ لأن كل واحد منهما تابع لملكه، والمسمى من الثمن بمقابلة جميع ما دخل فى العقد من العروض، فيقسم عليهما باعتبار القيمة، ولكل واحد منهما حصة عرضه؛ لأن الشركة لما فسدت كأنها لم تكن.

(٢) قال فى المدونة (٣/ ٦٠٤): قلت: هل تجوز الشركة بالعروض، يكون عندى ثياب وعند صاحبى حنطة أو دواب، فاشتركنا فى ذلك، أتجوز الشركة فيما بيننا فى قول مالك أم لا؟ قال: قال مالك: نعم لا بأس بذلك. قال ابن القاسم: وتفسير ذلك عندى، إذا اشتركا على قدر قيمة سلعة كل واحد منهما، ويكون العمل على كل واحد منهما بقدر رأس ماله، ويكون عليه من الوضيعة بقدر رأس ماله. قلت: أرأيت إن كان رأس مالهما عرضا من العروض وإن كان مختلفا، فلا بأس أن يشتركا به على القيمة فى قول مالك؟ قال: نعم. قلت: وكيف يقومان ما فى أيديهما، وكيف يكونان شريكين؟ أيبيع هذا نصف ما فى يديه من صاحبه بنصف ما فى يدى صاحبه إذا كانت القيمة سواء، أو يقومان ولا يبيع كل واحد منهما نصف ما فى يديه من صاحبه بنصف ما فى يدى صاحبه؟ قال: إذا قوما ما فى أيديهما، وكان قيمة ما فى أيديهما سواء، وأشهدا على أنهما قد تشاركا بالنصف - فقد باعه نصف ما فى =

الاشتراك؛ وبه قال ابن أبى ليلى.

دليلنا: هو أنه قد تزيدُ قيمةُ أحدهما دون الآخر، بأنْ يباعَ أحدهما بقيمته يومَ الشركة، ويتأخّر بيع الآخر؛ فيغلو فيباع بأكثر من قيمته، وَقْتَ الشركة؛ فإنْ جعلْنَا رِبْحَ ما زاد قيمته لمالكه؛ أفردنا أحدهما بالربح، والشركةُ معقودةٌ على الاشتراك فى الربح. وإن جعلنا الربْحَ بينهما، أعطينا من لم يزدْ قيمة ماله ربح مال الآخر، وهذا لا يجوزُ.

ويخالفُ الشركة على ما لا يتميّز؛ لأنَّ هناك: لا يؤدّى إلى حصول ربحِ مال أحدهما للآخر، وههنا: بخلافه. ويخالف إذا باع نصْف عرضه بنصف عرض صاحبه؛ لأنّه لا يتميَّز عين مال عن عين مال الآخر، وههنا بخلافه. ومن هذا الضرب: السبائك، والنّقار؛ فلا يجوز أن يخرج كل واحدٍ منهما شيئًا منها، ويشتركا فيه؛ لأنّهما يحتاجان -فى حال المعاملة- أن يرجعا فيه إلى القيمة.

فصل: وأمّا ماله مِثْلٌ: كالحبوب، والأدْهان، والألْبان، والأقطَان، وسائر ما يضمنُ بمثله على من أتلفه -ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز عقد الشركة عليه، وعليه نَصَّ فى البويطى؛ وبه قال أبو حنيفة.

والثانى: يجوز؛ وهو قول أبى العَبَّاس، وأبى إسحاق المروزى؛ وهو ظاهر ما نقله المزنى، وهو الأصحُ؛ لأنه من ذوات الأمثال؛ فأشبه الأثمان قالوا: عقد يقصد به طلب العمل، فلم يجز على غير الأثمان؛ كالقراض.

قلنا: الشركة تخالفُ القراض؛ لأنَّ القراض يحتاج إلى رَدِّ رأس المال، وربّما غلا الطعام وسائر ذلك؛ فيستغرق ما زاد فى قيمتِهِ جميع الربح، وربّما رخص؛ فيذهب العامل ببعض رأس المال، وفى الشركة لا يأخذ واحد منهما شيئًا من مال الآخر.

فصل: فعلى هذا؛ يُعتبر أن يُخرج كلُ واحد منهما من جنس ما يُخْرج الآخر، ومِنْ نوعه، وأن يخلطا ذلك، ثم تُعْقَدُ الشركة عليه؛ على ما يأتى بيانه.

فصل: فإنْ لم يكنْ لهما غير العرُوض التى لا مِثْلَ لها، أو العُروض التى لها مثل،

= يديه بنصف ما فى يدى صاحبه إذا قوما، وكان قيمتهما سواء، ثم أشهدا على الشركة، فقد باعه نصف سلعته بنصف سلعة صاحبه، وإن لم يذكرا البيع .

وقلنا: لا يجوزُ عقد الشركة عليهما، وأرادا أن يشتركا -أمكنهما ذلك من وجوه: منها: أن يبيع كلُّ واحد منهما نصف عَرْضه بنصف عَرْض صاحبه، ونحو ذلك؛ فيصير الجميع مشتركًا بينهما، ثم يتقابضا، ثم تُعْقَدُ الشركة عليهما، وسواء كان ذلك من جنس واحد أو من جنسَيْن؛ لأن العَرْضَيْن يصيران بينهما نصفَيْن بذلك؛ فكان كالمشترك بينهما بالغنيمة، أو الابتياع مِنْ أجنبى، أو بالإرث، وشرط القبض فيه؛ لئلا تبطل الشركة فى الحال الثانى بالتلف؛ لأن المبيع إذا تلف قبل القَبْض يتلف من ضمان البائع.

ومنها: أن يبيع أحدهما نصْفَ عَرْضه لصاحبه بدراهم، أو دنانير، ثم يشترى نِصْف عَرْض صاحبه منه بِمِثْلِ ذلك الثمن، ثم يتقاصَّا فيما على كلٍّ واحد منهما من الثمن، ويتقابضا العَرْضَيْن، ثُمَّ تعقد الشركَة عليهما.

ومنها: أن يشتريا جميعًا سلعةً من رجُلٍ بثمنٍ فى ذمَّتهما، ثم يدفع كلُّ واحد منهما عَرْضه إلى البائع بنصْفِ الثمن، ويقبضا السلعة، ويعقدا الشركة عليها؛ بأن يأذن كلُّ واحد منهما فى بيع ذلك للتجارة.

فصل: وأمَّا الدَّيْنُ: فلا تجوزُ الشركةُ عليه، وهو أن يكون على رجل مائة دينار، فيقولُ الذى له الدَّيْنُ للذى عليه الدَّيْنُ: لى عليكَ مائةُ دينار، فأخرج مِنْ مالك بإزائها مائة دينار، وأنا وأنْتَ شريكان فى ذلك؛ لأنَّه لا يصحُّ قبضه مِنْ نفسه لمن عليه الدَّيْنُ، ولأنه عَقَدَ الشركة قبل أن يخلطَ الذى له بالذى لصاحبِهِ؛ فلم يَجُزْ. وهكذا إذا كان لرجُل على رجلٍ مائة دينار، ولآخر على الذى عليه الدَّيْنُ أَلْفُ درهم؛ فقال الذى له الدنانيرُ للذى له الدَّراهم: أنْتَ شريكى فى الدنانيرِ التى لى علَى فلان؛ علَى أنْ أكونَ شريكًا لك فى الدراهم التى لك عليه، فقَبلَ؛ لم يجز؛ لأنه بيع الدَّيْن بالدين.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يصح من الشركة إلا شركة العنان، ولا يصح ذلك إلا أن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر، وعلى صفته.

فإن كان مال أحدهما دنانير، والآخر دراهم، أو مال أحدهما صحاحًا، والآخر قراضةً، أو مال أحدهما من سكة، ومال الآخر من سكة أخرى؛ لم تصح الشركة؛ لأنهما مالان لا يختلطان؛ فلم تصح الشركة عليهما، كالعروض.

فإن كان مال أحدهما عشرة دنانير، ومال الآخر مائة درهم، وابتاعا بها شيئًا، وربحا، قسم الربح بينهما على قدر المالين.

فإن كان نقد البلد أحدهما، قُوّم به الآخر، فإن استوت قيمتهما؛ استويا فى الربح، وإن اختلفت قيمتهما، تفاضلا فى الربح، على قدر مالهما.

(فصل) ولا تصح حتى يختلط المالان؛ لأنه قبل الاختلاط لا شركة بينهما فى مال، ولأنا لو صححنا الشركة قبل الاختلاط، وقلنا: إن من ربح شيئًا من ماله انفرد بالربح أفردنا أحدهما بالربح، وذلك لا يجوز، وإن قلنا: يشاركه الآخر، أخذ أحدهما ربح مال الآخر، وهذا لا يجوز.

وهل تصح الشركة مع تفاضل المالين فى القدر؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تصح، وهو قول أبى القاسم الأنماطى؛ لأن الشركة تشتمل على مال وعمل، ثم لا يجوز أن يتساويا فى المال، ويتفاضلا فى الربح؛ فكذلك لا يجوز أن يتساويا فى العمل، ويتفاضلا فى الربح.

وإذا اختلف مالهما فى القدر، فقد تساويا فى العمل، وتفاضلا فى الربح، فوجب ألا يجوز.

والثانى: تصح، وهو قول عامة أصحابنا، وهو الصحيح؛ لأن المقصود بالشركة أن يشتركا فى ربح مالهما، وذلك يحصل مع تفاضل المالين، كما يحصل مع تساويهما، وما قاله الأنماطى: من قياس العمل على المال؛ لا يصح؛ لأن الاعتبار فى الربح بالمال لا بالعمل، والدليل عليه: أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بالمال، ويشتركا فى الربح، فلم يجز أن يستويا فى المال، ويختلفا فى الربح، وليس كذلك العمل، فإنه يجوز أن ينفرد أحدهما بالعمل، ويشتركا فى الربح؛ فجاز أن يستويا فى العمل، ويختلفا فى الربح.

(الشرح) قوله: «شركة الْعِنَانِ»[١] مشهورة عند العرب، قال الجعدى:

وشاركنا قريشًا فى تقاها ... وفى أحسابها شرك العنان[٢]

وفيها أقوال كثيرة:

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٣).

(٢) ينظر: ديوانه ص (١٦٤)، الصحاح (عنن).

فقيل: سُميت بذلك؛ لظهورها، يقال: عَنَّ الشىء: إذا ظهر.

وقيل: لاشتراكهما فيما يَعِنُّ من الربح، يقال: عَنَّ الشىء: إذا عرض.

وقيل: من المُعانَنَةِ، وهى: المعارضة؛ لأن كل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله.

وقيل: مأخوذة من عنان دابتى الرهان؛ لأن الفارسين إذا تسابقا: تساوى عنانا فرسيهما، كذلك الشركة يتساوى فيها الشريكان.

وقيل: مأخوذة من عنان فرسى الرهان، بمعنى آخر؛ لأن الشريك يحبس نفسه عن التصرف بالمال فى سائر الجهات إلا فى الجهة التى يريدها، وقيل: لأنه يمسك العنان بإحدى يديه، ويحبسها عليه، والأخرى مرسلة يتصرف بها كيف شاء، كذلك هذه الشركة، بعض ماله مقصور عن التصرف فيه؛ لأجل الشركة، وبعض ماله يتصرف فيه كيف شاء(١).

وفى الاصطلاح: أن يشترط كل من الشريكين، أو الشركاء على صاحبه ألا يتصرف فى شىء من البيع والشراء، والكراء والاكتراء، وغيرهما مما تحتاج له التجارة إلا بإذن شريكه، سواء كان فى شىء معين كهذه الدابة مثلًا، أم فى نوع خاص كرقيق، أو صوف، أو فى جميع أنواع المتجر فيه.

الأحكام: والشركة على أربعة أضرُبٍ، ولا يصحُ منها إلا شركة العِنَان، وهو: أن يُخْرِجَ كلُّ واحد منهما مالًا على ما مضَى، وتعقد الشركة عليهما، وهى الشركة الصحيحة بالاتفاق.

وهى مأخوذةٌ من الظهور؛ يقالُ: عَنَّ الشَّىء يَعِنُّ، بمعنى: ظَهَرَ يَظْهَر، ومنه: عَنَّ لى شغلٌ، وعَنَّتْ لى حاجةٌ؛ لأن كل واحد منهما يُخْرِجُ مالًا معلومًا مِنْ جنسٍ معلوم، ويشتركان فيه، وليستْ كسائر الشُّرَكَ التى لم يظهر ما اشتركا فيه.

وقِيل: هو مأخوذٌ من فَرَسَى الرهان؛ لأنه وَقْتَ إرسالهما يحاذى عِنَانُ أحدهما عِنَانَ الآخر؛ فكأنه لمَّا أخرج كلُّ واحد منهما مِنَ المال مثلَ ما أخرجه الآخرُ استويا فيه، وفى الربح كاستواء عِنَانَى الفرسين. وقيل: معناه أنَّ العِنَانَ يَحْبِسُ الفرس عَنْ

---

(١) ينظر غريب الحديث لابن قتيبة (١/ ٢٠٠)، وإصلاح المنطق (٣١٦)، وزاهر الأزهرى (٢٣٤)، والصحاح، والمصباح (عنن) واللسان (عنن ١٣/ ٢٩٢، ٢٩٣) وتهذيب الأسماء واللغات (٣/ ٤٧)، والتحرير على التنبيه (٢٠٥).

بعض ما يريده؛ فكأن هذه الشركة لما حصلت بينهما، حَبَسَتْ كل واحد منهما عن بعض ما يريده فيما أخرجه مِنَ المال، بعد أنْ كان تصرُّفه فيه على الإطلاقِ. وقيل: لأنَّ الفارسَ يأخذُ العِنَانَ بإحدى يَدْيه، ويده الأخرى مطلقة يتصرَّف بها كيف شاء؛ فكذلك هذه الشركة، كلُّ واحد محصورُ التصرُّف فيها، وهو مطلق التصرُّف فيما سوى ذلك.

فصل: ولا تصحُّ شركة العنان؛ إلا أنْ يكونَ مالُ أحدهما من جنس مال الآخر، وعلى صفته؛ فإنْ كان مالُ أحدهما دنانير، ومالُ الآخر دراهِمَ، أو مالُ أحدهما دنانيرَ صِحَاحًا، أو دراهمَ صِحَاحًا، و مالُ الآخر دنانير قُرَاضَةً، أو دراهم مكسَّرة، أو مالُ أحدهما مِنْ سِكَّة، ومال الآخر من سِكَّة أخرى، بأنْ كان مالُ أحدهما دنانير مصريَّة، ومال الآخر دنانير مغربيَّة، أو كان مالُ أحدهما دراهَم ناصريَّة، ومال الآخر دراهم نورية؛ لم تصحَّ الشركة. وقال أبو حنيفة: تصحُّ[1].

دليلنا: هو أنهما مالان لا يختلطان، أو يختلفان فى الصفة؛ فلم تصحَّ الشركة عليهما؛ كالعروض، أو كما لو أخرج أحدهما دراهم، أو دنانيرَ، والآخر طعامًا، أو نحوَهُ، أو أخرَجَ أحدُهما حنطةً، والآخرُ شعيرًا. قالوا: هما كالجنس الواحد؛ لأنَّه تُثَمَّنُ بهما الأشياء، وتقوَّم بهما المتلفات. قلنا: لو كانا كالجِنْسِ الواحد، لحرم فيهما التفاضُلُ، ولاتفق نصابُهُما، وفرضهما فى الزكاة، وجاز لمن له على رجل أحدهما، فوجد الآخر -أنْ يأخذه عنه عندهم، ثُمَّ هما مختلفان متميِّزان، والشركة

---

(١) قال فى المغنى (٥/ ١٢): ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين فى الجنس، بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير . نص عليه أحمد. وبه قال الحسن، وابن سيرين وقال الشافعى: لا تصح الشركة إلا أن يتفقا فى مال واحد، بناء على أن خلط المالين شرط، ولا يمكن إلا فى المال الواحد . ونحن لا نشترط ذلك، ولأنهما من جنس الأثمان، فصحت الشركة فيهما، كالجنس الواحد، ومتى تفاصلا، رجع هذا بدنانير، وهذا بدراهمه، ثم اقتسما الفضل . نص عليه أحمد، فقال: يرجع هذا بدنانيره، وهذا بدراهمه . وقال: كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضى: إذا أرادا المفاصلة، قوما المتاع بنقد البلد، وقوما مال الآخر به، ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه . ولنا أن هذه شركة صحيحة، رأس المال فيها الأثمان، فيكون الرجوع بجنس رأس المال، كما لو كان الجنس واحدا .

ولا يشترط تساوى المالين فى القدر . وبه قال الحسن، والشعبى، والنخعى، والشافعى، وإسحاق، وأصحاب الرأى . وقال بعض أصحاب الشافعى: يشترط ذلك ولنا، أنهما مالان من جنس الأثمان، فجاز عقد الشركة عليهما، كما لو تساويا .

لا تكونُ مع التمييز.

قالوا: الشركةُ معقودةٌ على الوَكَالةِ[١]، ولو وكل كل واحدٍ منهما صاحبه أنْ

---

(١) قال في المغني (٥/ ١٣): شركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة؛ لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه أمانة، ويإذنه له في التصرف وكله . ومن شرط صحتها: أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف، فإن أذن له مطلقا في جميع التجارات، تصرف فيها، وإن عين له جنسا أو نوعا أو بلدا، تصرف فيه دون غيره؛ لأنه متصرف بالإذن، فوقف عليه، كالوكيل. ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشترى مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة، وكيف رأى المصلحة؛ لأن هذا عادة التجار . وله أن يقبض المبيع والثمن، ويقبضهما، ويخاصم في الدين، ويطالب به، ويحيل، ويحتال، ويرد بالعيب فيما وليه هو، وفيما ولى صاحبه . وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر ؛ لأن المنافع أجريت مجرى الأعيان، فصار كالشراء والبيع، والمطالبة بالأجر لهما وعليهما؛ لأن حقوق العقد لا تختص العاقد .

وقال في بدائع الصنائع (٦/ ٦٢): شركة العنان لا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبى المأذون والعبد المأذون والمكاتب ولا المساواة بين رأسى المال، فيجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لأحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذى شاركه صاحبه فيه، ولا أن يكون في عموم التجارات بل يجوز عاما وهو أن يشتركا في عموم التجارات، وخاصا وهو أن يشتركا في شيء خاص كالبز والخز والرقيق والثياب ونحو ذلك؛ لأن اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضة؛ لأن اعتبارها في المفاوضة لدلالتها على شرائط مختصة بالمفاوضة، ولم يشترط في العنان فلا حاجة إلى لفظة المفاوضة ولا إلى لفظة العنان أيضا؛ لأن كل أحد يقدر على لفظ يؤدى معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح، فيجوز متفاضلا ومتساويا لما قلنا، والأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان، أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر؛ لأن الربح نماء رأس المال فيكون لمالكه، ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة وأما بالعمل، فإن المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك . وأما بالضمان فإن المال إذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح، ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجا بضمان بقول النبى عليه الصلاة والسلام «الخراج بالضمان»، فإذا كان ضمانه عليه كان خراجه له، والدليل عليه أن صانعا تقبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان، فثبت أن كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح، فإن لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل أن من قال لغيره: تصرف في ملكك على أن لى بعض ربحه؛ لم يجز، ولا يستحق شيئا من الربح لأنه لا مال ولا عمل ولا ضمان، إذا عرف هذا فنقول: إذا شرطا الربح على قدر المالين متساويا أو متفاضلا، فلا شك أنه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سواء شرطا العمل عليهما أو على أحدهما والوضيعة على قدر المالين متساويا ومتفاضلا؛ لأن الوضيعة اسم لجزء هالك من المال فيتقدر بقدر المال، وإن =

يشترى بما معه مِنَ النقد شيئًا بينهما جاز ذلك؛ فكذلك إذا اشتركا. قلنا: لا نسلِّم ذلك، وإنما يجوزُ إذا وكّله بأن يشترى فى الذمَّة، ومثل هذا يجوزُ فى الطعامِ؛ بأنْ يوكِّله أن يشترى بطعامٍ فى الذمة عبدًا بينهما، ثمَّ لو عقد الشركة على الطعامِ، لم يجز. قال أصحابنا: ولا تصحُ الشركة فى دراهم صحاح مِنْ أحدهما، ودراهم مثقبة من الآخر، أو مُثَلَّمَة؛ لأنَّهما لا يختلطان.

فصل: فإن كان مالُ أحدهما عشرةَ دنانيرَ، ومالُ الآخر مائةَ درهم، واشتريا بهما - أى: بعينهما لا فى الذمَّةِ شيئًا وربحا فيه -: قسم الربح بينهما على قدر المالَيْن. فإنْ كان نقد البلد أحد المالَيْن؛ قُوِّمَ به الآخر يَوْمَ صرف الثَّمَن فى السلعة؛ فإن استوت قيمتهما، استوَيَا فى الربح، وإن اختلفت قيمتهما: بأنْ كان نقد البلد دراهم، وقيمة الدنانير العشرة - يوم صرف الثَّمَن فى السلعة - مائتَيْن - تفاضلا فى الربح على قَدْر مالِهما؛ فيكونُ لصاحب الدراهم الثلث، ولصاحب الدنانير الثُّلثان، والربح بينهما على ذلك. وإن كان لهما عمل تكون لمثله أجرةٌ، كان لكل واحد منهما أجرةُ مِثْل عمله فى نصيبِ شريكه؛ لأنَّ الشركة فاسدةٌ؛ فوجَبَ ذلك على ما سيأتى بيانه - إن شاء الله - وبه الثقة.

ويحتمل أن يكون فى صحَّة ما اشتريا بعين الدراهم والدنانير قولانِ؛ كما لو باعا عبدَيْن لكلٍّ واحد منهما عبْدٌ فى عقد واحد، بثمن واحد؛ لأنَّ الثمن إذا كان مُعَيَّنًا، كان بمنزلة المبيع.

فصل: ولا تصحُّ شركة العِنَان حتَّى يخلطا المالَيْن، ثم يعقدا الشركة عليهما. وقال أبو حنيفة[1]: تصحُّ من غير خَلْط. وقال مالك: تصح من غير خلط إذا كان

= كان المالان متساويين فشرطا لأحدهما فضلا على ربح ينظر إن شرطا العمل عليهما جميعا جاز، والربح بينهما على الشرط فى قول أصحابنا الثلاثة، وعند زفر لا يجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من ربح ماله وبه أخذ الشافعى رحمه الله ولا خلاف فى شركة الملك أن الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشريكان فى ملك ماشية لأحدهما فضلا من أولادها وألبانها، لم تجز بالإجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل، وهو أن الربح عنده لا يستحق إلا بالمال؛ لأنه نماء الملك فيكون على قدر المال كالأولاد والألبان.

(١) قال فى المبسوط (١١/ ١٥٢,١٥٣): (وأما شركة العنان) . . . ولا يشترط لجواز هذه الشركة خلط المالين عندنا. =

تحتَ يديهما: بأن يكون فى صندوق لهما، أو حانوت لهما، أو فى يد وكيلهما.

دليلنا هو: أنَّ هذا عقد شركة، ولا اشتراك ههنا بينهما فى شىء، ولأنَّ مال أحدهما متميِّز عن مال الآخر؛ فأشبه إذا أخرج أحدهما نقدًا والآخر متاعًا، ولأنه لو هلك أحدهما، لهلك على صاحبه، وإن سلم، بقى على ملْكه، فلا شركة بينهما فيه؛ كما لو لم يتقاولا عليه؛ ولأنَّا لو قلنا بصحَّتها قبل الاختلاط، وقلنا: إنَّ مَنْ ربح شيئًا مِنْ ماله انفرد بالربح، أفردنا أحدهما بالربح، وذلك لا يجوزُ فى الشركة، وإن قلنا: شاركه الآخر، أخذ أحدهما مالَ الآخر؛ وهذا لا يجوز، ولأنَّ اسم الشركة لا يقع على واحد من المالَيْن مع تميزه عن صاحبه؛ فلم يجز الاِشتراكُ فى رِبْحه -كما لو انفرد كلُّ واحدٍ منهما بماله - ؛ وهذا على مالك. ولأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يملك أن يتصرف فى عين ماله؛ بالهبة ونحوها، فلم يقعْ عليه اسم الشركة. قالوا: عقد على التصرف فى المال؛ فانعقد بالقول؛ كالمضاربة. قلنا: ذاك معقودٌ على تصرُّف أحدهما فى مال الآخر؛ ولهذا سميتْ مضاربةً؛ وهذا معقود على تصرُّف فى مال مشترك؛ ولهذا سُمِّى شركةً، ولا اشتراكَ بينهما ههنا، ولأنَّ العامل فى المضاربة يستحقُّ رِبْحَ مال غيره فصح بالقول، والشريك يستحق ربح مال نفسه لا ربح مال غيره؛ فلم تصحَّ بالقول. قالوا: الشركةُ وكَالةٌ؛ فانعقدَتْ بمجرَّد القول؛ كما لو

= وعندنا موجب شركة العقد الوكالة، على معنى أن كل واحد منهما يكون وكيل صاحبه فى الشراء بالمال الذى عينه؛ ولهذا شرطنا تعيين المال عند العقد، أو عند الشراء؛ لأن الوكالة بالشراء بماله لا تصح إلا به، فإنه بدون تعيين المال يكون الوكيل مشتريا بما فى ذمته، وهذا التوكيل صحيح بدون خلط المالين، ومعنى الاختلاط الذى تقتضيه الشركة فى المشترى بالمال والربح لا فى رأس المال، وذلك ثابت بدون خلط . وعلى هذا الأصل: لو كان رأس مال أحدهما دراهم، والآخر دنانير، تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله .

وكذلك إن كان رأس مال أحدهما بيضا، والآخر سودا؛ لأن الشركة فى الملك لا تثبت هنا حين كانا لا يختلطان . وعلى الرواية التى شرط زفر الخلط: جواب هذا الفصل ظاهر على مذهبه، وأما على الرواية التى لا يشترط ذلك، نقول: فى هذين الفصلين ربما يظهر الربح لأحدهما دون الآخر بتغير سعر أحد النقدين، وذلك تقتضيه الشركة .

وعندنا موجب هذا العقد الوكالة، وذلك صحيح مع اختلاف النقدين؛ فإنهما لو صرحا بالوكالة بأن يشترى أحدهما بهذه الدراهم على أن يكون المشترى بينهما، ويشترى الآخر بهذه الدنانير على أن يكون المشترى بينهما: كان صحيحا؛ فكذلك تصح الشركة بهذه الصفة .

قال: اشترِ هذه السلعَةَ بينى وبينك. قلنا: هى وَكَالةٌ، ولكنْ فى مال مشترك، ولا اشتراكَ بينهما، ولهذا تجوزُ الوكالة على ما فى الذمَّة، ولا تجوز الشركة إلا على مال حاضر. ويخالف ما قاسوا عليه؛ فإنَّ هناك العوض يثبتُ فى ذمَّتهما؛ فوقع الملكُ لهما، وفسخ الربح بينهما، وههنا: المشترى بمال أحدهما؛ فلا يشاركُهُ الآخر فى رِبْحه. قالوا: يدهما ثابتةٌ على المالِ؛ فأشبه إذا خلطاه؛ وهذا لمالك. قلنا: لا نسلِّم أن يد أحدهما ثابتةٌ على مال صاحبه، ولا أنَّه يملك التصرُّف فيه، ثم المعنى فى الأصل: أنَّه مالٌ مشتركٌ بينهما؛ ههنا بخلافه.

فصل: وهل تصحُّ الشركة العنان مع تفاضُل المالَيْن فى القدر: بأنْ يكون مال أحدهما أكثر مِنْ مال الآخر؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تصحُّ حتَّى يتساويا فى القَدْر؛ وهو قولُ أبى القاسم عثمان بن سعيد ابن بشار الأنماطىّ؛ لأنَّ شركة العنان تشتملُ على مالٍ وعملٍ، ثمَّ لا يجوزُ أنْ يتساويا فى المال، ويتفاضلا فى الرِّبْح؛ ولذلك لا يجوز أن يتساويا فى العمل ويتفاضلا فى الربح. وإذا اختَلَفَ مالهما فى القَدْر، فقد تساويا فى العَمَل، وتفاضلا فى الرِّبْح؛ فوجَبَ ألا يجوزَ.

والثانى: تصح؛ وهو قولُ عامَّة أصحابنا، وهو الصحيحُ؛ لأن المقصودَ بالشركة أن يشتركا فى رِبْحِ مالهما، وذلك يحصُلُ مع تفاضل المالَيْن، كما يحصُلُ مع تساويهما، وما قاله الأنماطىُّ من قياس العمل على المال لا يصِحُّ؛ لأنَّ الاعتبار فى الربح بالمال لا بالعمل، والدليلُ عليه: أنه لا يجوزُ أن ينفردَ أَحَدُهما فيها بالمال، ويشتركا فى الرِّبْح؛ فلم يجزْ أن يستويا فى المال، ويختلفا فى الربح، وليس كذلك العَمَلُ؛ فإنه تابعٌ للمال فيها؛ ولهذا يجوزُ أن ينفرد أحدهما بالعمل لمرضِ الآخَرِ، أو لغيرِ ذلك، ويشتركا فى الربح؛ فجاز أن يستويا فى العمل، ويختلفا فى الرِّبْح.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف فى نصيب شريكه إلا بإذنه، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف تصرفا، وإن أذن أحدهما، ولم يأذن الآخر، تصرف المأذون فى الجميع، ولا يتصرف الآخر إلا فى نصيبه.

ولا يجوز لأحدهما أن يتجر فى نصيب شريكه إلا فى الصنف الذى يأذن فيه الشريك، ولا أن يبيع بدون ثمن المثل، ولا بثمن مؤجل، ولا بغير نقد البلد، إلا أن

يأذن له شريكه؛ لأن كل واحد منهما وكيل للآخر فى نصفه، فلا يملك إلا ما يملك كالوكيل.

(فصل) ويقسم الربح والخسران على قدر المالين؛ لأن الربح نماء مالهما، والخسران نقصان مالهما، فكانا على قدر المالين.

فإن شرطا التفاضل فى الربح، والخسران مع تساوى المالين، أو التساوى فى الربح، أو الخسران مع تفاضل المالين، لم يصح العقد؛ لأنه شرط ينافى مقتضى الشركة؛ فلم يصح؛ كما لو شرط أن يكون الربح لاحدهما، فإن تصرفا مع هذا الشرط، صح التصرف؛ لأن الشرط لا يسقط الإذن، فنفذ التصرف.

فإن ربحا أو خسرا؛ جعل بينهما على قدر المالين، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله فى نصيب شريكه؛ لأنه إنما عمل؛ ليسلم له ما شرط، وإذا لم يسلم، رجع بأجرة عمله.

(الشرح) الأحكام: ولا يجوزُ لكلِّ واحد من الشريكَيْن أن يتصرَّف فى نصيبِ شريكه إلا بإِذْنه؛ لأنَّ اختلاط المالين يفيد الاشتراك فيه، ولا يفيدُ لأحدهما التصرُّف فى مال صاحبه؛ كما لو اشتريا جميعًا مالًا أو اتَّهَبَاه، أو ورثاه -كانا شريكَيْن فيه، ولم يكُن لأحدهما التصرُّف فى نصيب صاحبِهِ بغير إذنه، فإن أذن واحد منهما لصاحبه فى التصرف ولم يأذن الآخر لمن أَذِنَ له؛ جاز للمأذونِ له التصرُّف، فى الجميع فى نصيبه ونصيب صاحبه، ولم يجزْ للآخر أن يتصرَّف إلا فى نصيب نفسه دون نَصِيب غيره.

وإذا أذن كلُّ واحد منهما للآخر فى التصرُّف - نَظَرْتَ: فإنْ أَذِنَ لهْ أن يتصرَّف فى كل ما يرى، كان له أن يتصرَّف على العموم، وإن أذن له فى صِنف -بكسر الصاد- أى: نوعٍ بعينه -: لم يجز أن يَتَّجِرَ فى نصيبِ شريكِهِ إلا فى الصِّنْف الذى أَذِنَ له فيه الشريك، ولا أنْ يبيع بدون من المثل، ولا بثمن مؤجل، ولا يُغَيِّر نقد البلد، إلا أنْ يأذَنَ له شريكه فيه؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ وكيلُ الآخر فى نصيبِهِ؛ فلا يملكُ إلا ما يملكُ الوكيل.

فصل: ويقسّم الربح والخسران على قَدْر المالَيْن؛ لأنَّ الربح نماءُ مالهما،

والخسران نقصان مالهما؛ فكانا على قدر المالَيْن: فإن شرطا التفاضل فى الربح مع تساوى المالَيْن، أو التساوى فى الربح مع تَفَاضُل المالين -لم يصحَّ العقد؛ وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة[1]: يصح.

دليلنا هو: أنه شرط ينافى مقتضى الشركة؛ فلم يصح؛ كما لو شرطا أنْ يكون الرِّبْحُ لأحدهما، ؛ ولأنّه شَرَطَ جزءًا من الربح لمن لا يستحقُّه بمطلق الشركة؛ فلم يستحقَّه بالشرط؛ كما لو شرطه لأجنبى، ولأنه نماء مال مشترك؛ فكان على قدر المال، كالثَّمَرة والنتاج. قالوا: عقد يطلب به الربح، يجوزُ مع تساوى الربح؛ فجاز مع التفاضل؛ كالْقِرَاض.

قلنا يبطلُ بشركة المفاوضة، ولأنَّ العامل فى المضاربة يستحقُّ الربح المشترط فى مقابل عمله فحملَ على الشَّرْط، والشريكُ يستحقُّ المال فحمل على المال بدليل أنه لو أطلق القراض، استحق العامل بدل عمله، ولو أطلق الشركة، لم يستحق العامل بدل عمله. قالوا: ولأنا ندل على أنَّ الرِّبْح مستحقٌّ فى الشركة بالعمل. فنقول: عقد يستحقّ الربح فيه بالمال؛ فجاز أن يستحقَّ بالعمل، كالمضاربة. قلنا: فى حال الإطلاق يستحقُّ بالمال، ولا يستحقُّ بالعمل، ثم نقلب فنقول: فمن أخذ الربح فيه بالمال؛ لم يأخذه بالعَمَل؛ كالمضاربة. قالوا: العمل يستَحقُّ به الربح، وقد يكونُ أحدُهما له فضلُ عملٍ، فجاز أن يُشْرَطَ له جزء مِنَ الربح. قلنا: ولكن فى الشركة لا يُستَحقُّ بالعمل؛ فلا يُستَحَقُّ بفضل العمل، ولأنَّ عندهم: لو لم يكنْ له فضلُ عمل، لاستحق أيضًا. قالوا: إذا كان لأحدِهما ألفٌ، والآخر ألفانِ، فكأنهما اشتركا فى ألفٍ، وعقدا القراض فى ألْف. قلنا لا يجوزُ أن يُعقَدَ لهما قراض لم يعقداه، ثم فى القراض إذا اشتركا فى اليد والتصرُّف، لم يصحَّ؛ فيجبُ ألا يصحَّ ههنا.

---

(١) قال فى مجمع الأنهر (١/ ٧٢١): (و) تصح - أى شركة العنان - (مع التفاضل فى رأس المال) بأن يكون لأحدهما ألف وللآخر ألفان مثلا (والربح) بأن يكون ثلثا الربح لأحدهما وثلثه للآخر . (و) تصح (مع التساوى فيهما) أى فى رأس المال والربح (وفى أحدهما دون الآخر) أى التساوى فى رأس المال والتفاضل فى الربح وعكسه (عند عملهما و) تصح (مع زيادة الربح للعامل عند عمل أحدهما) .

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين» مطلقا بلا فصل .

فصل: وإنْ شرط أنْ تكون الخسارة على أحدهما أكثَرَ مع تساوى المالَيْن، أو على أن يكونا فيها سواء مع تفاضل المالَيْن؛ لم تصحَّ الشركة. وقال أبو حنيفة: يبطلُ الشرط، ويصحُّ العقد.

دليلنا: أنه شرطٌ فاسدٌ قارَنَ عقْدَ الشركة؛ فأشبه إذا شرطا أن يكون الربح والخسران كلُّه على أحدهما. وقالوا: إنَّ ما صح مع الجهالة، صحَّ مع الشرط الفاسد: كالطلاق، والعتاق. قلنا: الجهلُ بمقدار الربح والخسرانِ للحاجة؛ فلم تمنع الفساد بالشَّرْط، كالجهل بأساس الحيطانِ فى البَيْع. ويخالف الطلاق والعِتَاق؛ فإنَّهما يجوزان مع الجهالة من غير حاجة، ولأنَّ ذلك لا يبطل بشىء من الشروطِ الفاسدةِ، وهذا يَبْطُلُ إذا شُرِطَ أن يكون الربح كلُّه لأحدهما.

فصل: وكلُّ موضع حكمنا بفسادِ شركة العنان، فتصرَّفا فى المال على الوَجْه الذى لو كان العَقْدُ صحيحًا، صحَّ - نَفَذَ تصرُّفهما؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما قد أَذِنَ للآخر فى التصرُّف فنفذ منه وإن كان العقدُ فاسدًا فى الشركة؛ لأنَّ فساد العقد لا يُسْقِطُ الإذن؛ فهو كما لو وكله وكالةً فاسدةً، فتصرَّف فى المأذون فيه.

فصل: وإن ربحا، أو خسرا، جعل بينهما على قدر المالَيْن؛ لأنَّ الأَصْل فى الشركة المال، والعمل تابعٌ؛ فيسقط الربح على الأَصْل، لا على التابع، ولأنَّ الربح نماء المال وفائدتُهُ، فَقُسِّطَ على قدر المالَيْن؛ ككسب العبد، وغَلَّةِ العقار، ونحوهما.

فصل: ويرجع كلُّ واحد منهما بأجرة مثل عمله فى نصيبِ شريكه، وقال أبو حنيفة: لا يرجع.

دليلنا: هو أنه إنما بذل العمل ليسلَّمَ له ما شرط من الشرط الفاسد. فإذا لم يسلم له، رجع إلى أُجْرة عمله؛ كما لو أجر نفسه بخمرٍ أو خنزيرٍ، ولأنه عقد يبتغى منه الفضل والربح؛ فوجب أجرة مثل العمل فى الفاسدة؛ كالقراض. قالوا: شركة؛ فلا يجبُ فيها بذلُ العمل؛ كالشركة الصحيحة إذا لم يَكُنْ فيها ربح. قلنا: فى الأصل يبذلُ العمل مِنْ غير عوض، وههنا لم نرض إلا بعوضٍ، فإذا لم يسلَّم له، رجع ببذل العمل؛ ولهذا فى المضاربة الصحيحة لا يرجع ببذلِ العمل إذا لم يَكُنْ ربح، وفى الفاسد يرجع.

فصل: فإنْ كان مالُ كلِّ واحد منهما ألف درهم، وأجرة مثل عمل كلِّ واحد منهما مائة درهم -لم يرجعْ واحدٌ منهما على صاحبه بشىء؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما قد عَمِلَ على ماله ومال الآخر بمائة؛ فسقط ما عمله على مال نفسه، وهو خمسون، وثَبَتَ له على صاحبه خمسون؛ فتقاصَّا فيها. وإن كان مالُ كلِّ واحد منهما ألف درهم، وأجرة مثل عمل أحدهما مائة، وأجرة مثل عمل الآخر مائتَيْن: فالذى قيمةُ عمله مائتان يرجع على الآخر بخمسين؛ لأنه قد عمل على مالِ صاحبه بمائة، وعمِلَ صاحبه على ماله بخمسين؛ فتقاصَّا فى خمسين، وبقى له خمسون. وإن كان مال أحدهما ألف درهم، ومال الآخر ألفَيْن، وبدل عمل كل واحد منهما مائة: فالذى مالُهُ ألفٌ يرجع على صاحبه بثلاثة وثلاثين وثلث؛ لأنه قد عمل على مال صاحبه بستَّة وستين وثلثين، وعمل صاحبه على ماله بثلاثة وثلاثين وثلث؛ فتقاصَّا فى ثلاثة وثلاثين وثلث، وبقى له ثلاثة وثلاثون وثلث. وإنْ كان مالُ أحدهما ألف درهم، ومال الآخر ألفَيْن، وقيمة عمل أحدهما مائةً، وقيمة عمل الآخر مائتَيْن - نَظَرْتَ: فإن كان عمَلُ صاحب الألفَيْن هو الأكثر - لم يرجعْ على صاحبه بشىء لأنَّه قد عمل على مال صاحبه بستَّة وستِّين وثلثَيْن، وعمل صاحبه على مالِهِ مثل ذلك، فتقاصَّا فيه. وإنْ كان عَمَلُ صاحب الألف هو الأكثر - رجع على صاحبه بمائة؛ - لأنَّهُ قد عمل على مالِ صاحبِهِ بمائةٍ وثلاثةٍ وثلاثين، وعمل صاحبه على ماله بثلاثة وثلاثين وثلث؛ فتقاصا فى ثلاثة وثلاثين وثلث، وبقى له المائة، وعلى هذا الاعتبار أبدًا.

فصل: وإنْ دفع إلى رجلٍ ألف درهم، وقال: أخرجْ من عندك ألفًا، واخلط المالَيْن، واعمل أنتَ فيه على أنْ يكون الربح بيننا نصفَيْن - لم يصحَّ ذلك؛ لأنه ليس شركة ولا قراضًا؛ لأنَّ شركة العنان تقتضى أنْ يشتركا فى المال والعملِ، والقراضُ يقتضى أن يكون للعاملِ نصيبٌ من الرِّبْح فى مقابِلِ عمله، وههنا لم يشرطْ له.

قال فى «الشامل» فى مثلها: فإذا عمل كان الربْحُ بينهما نصفَيْن على قدر المالَيْن، وكان عمله فى نصيبِ شريكِهِ معونة منه وتبُرعًا؛ لأنه لم يشرطْ له فى مقابلته عوضًا. وإن دفع إليه ألفَيْن، وقال: أخرجْ من عندك ألفًا، واخلطِ المالَيْن، واعمل أنْتَ على أن يكون جميعُ الربح بيننا نصفَيْن -: صحَّ ذلك، وكان قراضا على مالٍ مشاع، وهو جائزٌ؛ كجوازه فى المالِ المتعدّد؛ فيحصل له ثلث الربح بأَصْل ماله، والسدس بالقراض. وقيل: لا يجوز. والمشهور: هو الأوّل. وإن دفع إليه ألفًا، وقال: أخرِجْ

من عندك ألفًا، واخلط المالَيْن، واعمل أنتَ فيه على أن يكونَ ثلاثةُ أرباع الربحِ لك، والربع لى - صحَّ على الاعتبار الذى تقدَّم فيه.

فصل: وإنِ اشترى أحد الشريكَيْن فى شركة العنان شيئًا للشركة بأكثر مِنْ ثمن المثلِ بما لا يتغابَنُ الناسُ بمثله -نظَرْتَ:

فإنْ كان اشتراه بثمن فى ذِمَّته، انعقد الشِّراء له خاصَّةً؛ لأن إذن شريكه لم يتناوَلِ الشراء بما لا يتغابَنُ الناس بمثله؛ فانعقَدَ لنفسه دون شريكِهِ؛ كما لو اشترَى غير ما أذِنَ فيه، ولا يجوزُ له أن يدفع الثَّمَن مِنْ مال الشركة: فإنْ دفع منه، ضمنه؛ لأنَّه أخرجه فيما لا يجوز له إخراجُهُ فيه.

وإنِ اشتراه بعين مال الشركة - بطَلَ العقد فى قَدْر نصيبِ صاحبِهِ؛ لأنَّه اشتراه بأكْثَرَ من ثمن المِثْلِ على ما تقدَّم؛ فبطل، وهل يصحُّ فى نصيب نفسه؟ فيه قولان؛ بناءً على تفريقِ الصفقة:

فإنْ قلنا: لا نفرّق، بطل فيه - أيضًا - وصار؛ كما لو لم يشتر شيئًا.

وإن قلنا: نفرّق، فالبائع شريكُ المشترِى فى ذلك الشىء، وشريك صاحب المشترى فى الثمن.

فصل: وإن باع أحدهما شيئًا من مالِ الشَّركة بدون ثَمَن مثله: بما لا يتغابَنُ الناسُ بمثله، بَطَلَ البَيْعُ فى نَصيب شريكِهِ، وفى نصيبِ البائِعِ قولان:

أحدهما: لا يصح.

والثانى: يصح؛ وهو الصحيح.

ولا يجوز له أن يسلّم إلى المشترى نصيبَ الشريكِ فى المبيع.

فإن سلّم إليه نصيب الشريك، لزمه ضمانه، وهل يلزمه ضمانُهُ بنَفْس البيع؟؛ حُكِيَ عن أبى إسحاق المروزى، أنه قال: لا يضمنه بنفس البيع؛ لأنه موضعُ اجتهادٍ؛ لوجود الاختلافِ فيه، ويخالف المودع إذا باع حيث قلنا: يضمن بنفس البيع؛ لأنه لا يجوزُ له البيع بالإجماع.

واستضعَفَ الشيخُ أبو حامد الإسفرايينىُ هذا، وقال: هو متعد بالبيع، ولا فرق بين أن يكونَ مختلفًا فيه، أو غير مختلف فيه؛ ألا تَرَى أنه إذا سلم، ضمن، وإن كان التسليم مختلفًا فيه؟!

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وأما شركة الأبدان: وهى الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما، فهى باطلة لما روت عائشة - رضى الله عنها - أن النبى ﷺ قال: «كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل» وهذا الشرط ليس فى كتاب الله - تعالى -، فوجب أن يكون باطلًا، ولأن عمل كل واحد منهما ملك له يختص به، فلم يجز أن يشاركه الآخر فى بدله.

فإن عملا وكسبا، أخذ كل واحد منهما أجرة عمله؛ لأنها بدل عمله، فاختص بها.

(الشرح) شركة الأبدان: هى اتفاق شخصين فأكثر متحدى الصنعة أو متقاربيها على العمل، وما يحصل يكون على حسب العمل. ووجه تسميتها بذلك عدم توقفها على المال غالبًا فلم يبق إلا عمل البدن.

قوله «كل شرط ليس فى كتاب الله . . . . . » تقدم تخريجه.

الأحكام: وأما شركة الأبدان، وهو أن يشترك الصانعان: كالخَبَّازَيْن، والخيَّاطَيْن، والحَطَّابين، والصَّيَّادَيْن على أن يكسبا بصنعتيهما، ويكون الكسب بينهما؛ فهى باطلةٌ.

وقيل: فيه قولٌ آخر: إنَّها تصحُّ؛ لأنَّ الشافعى قال فى «كتاب الإقرار»: ولو أقرَّ أحدُ الشريكَيْن على صاحبه بمالٍ، لم يقبلْ إقراره، سواء كانا شريكين فى المال أو العمل؛ وهذا غير صحيح؛ لأنَّه لا يتضمَّن صحة الشركة.

وقال أبو حنيفة[1]: تصحُّ شركة الأبدانِ، سواءٌ اتفق عملهما كالقَصَّارين، والنَّجَّارين، أو اختلف؛ كأنْ يكون أحدهما قَصَّارًا، والآخر نَجَّارًا، أو يكون

---

(١) قال فى مجمع الأنهر (١/ ٧٢٣): (وشركة الصنائع) جمع الصنيعة كالصحائف والصحيفة، أو جمع صناعة كرسائل ورسالة؛ فإن الصناعة كالصنيعة حرفة الصانع وعمله؛ ولذا يقال شركة المحترفة، (و) شركة (التقبل) من قبول أحدهما العمل وإلقائه على صاحبه؛ (وهى) أى شركة الصنائع والتقبل (أن يشترك خياطان أو صباغ وخياط على أن يتقبلا الأعمال) أى محلها؛ فإن العمل عرض لا يقبل القبول، (ويكون الكسب بينهما) .

ولنا أن المقصود تحصيل المال بالتوكيل، وهذا مما يقبل التوكيل فيجوز، وفيه تنبيه على أن اتحاد العمل والمكان ليس بشرط، خلافا لمالك وزفر فيهما؛ لعجز كل منهما عن الصنعة التى يتقبلها شريكه، ولنا أن صحة هذه الشركة باعتبار الوكالة والتوكيل بتقبل العمل صحيح، والعمل ليس بلازم على الموكل فله أن يقيمه بأجرة .

أحدهما قَصَّارًا، والآخر تاجرًا، وسواءٌ عملا مجتمعَيْن، أو متفرقَيْن، أو عمل أحدهما، ولم يَعْمَل الآخر؛ فإنَّ من عمل؛ يجبُ عليه أن يشاركَهُ فى كسبه، قال: إلا فى الاحتطاب، والاحتشاش، والاغتنام.

وقال مالك[١]: يصحُّ إذا اتفقا فى الصنعة: كالخبازين، والخياطَيْن، والقَصَّارين، والحَطَّابين.

وقال أحمد[٢]: يصحُّ فى جميعِ الأشياء، حتى فى الاغتنام.

---

(١) قال فى الفواكه الدوانى (٢/ ١١٨): (ولا بأس بالشركة بالأبدان) أى تجوز جوازا مستويا بشروط أشار إلى بعضها بقوله: (إذا عملا فى موضع واحد) هكذا ذكر المصنف تبعا للمدونة. وفى خليل جوازها، وإن بمكانين على ما فى العتبية، ووفق الأشياخ بين الكتابين بحمل المدونة على ما إذا لم يتحد النفاق فى المكانين، والعيبية على الاتحاد، ومن شروطها أيضا أن يعملا: (عملا واحدا) بأن تكون صنعتهما متفقة كحدادين أو نجارين أو خياطين، لا إن اختلف اختلافا بعيدا كحداد وخياط فلا يجوز؛ لاحتمال رواج صنعة أحدهما دون الآخر فيأكل أحدهما استحقاق الآخر . (أو) يكون عملها (متقاربا) كما إذا كان أحدهما يجهز الدقيق والآخر يعجن أو يخبز، أو أحدهما يحوك والآخر ينسج، ولفظ خليل: وجازت بالعمل إذا اتحد أو تلازم وتساويا فيه أو تقاربا وحصل التعاون، وإن بمكانين، ومعنى التساوى فى العمل: أن يأخذ كل واحد قدر عمله؛ فلا يجوز أن يعمل أحدهما الثلث والآخر الثلثين ويستويا فى الحاصل، وليس المراد به أن يكون عمل كل مساويا لعمل الآخر، وبقى من الشروط أيضا: الاشتراك فى الآلة إما بملك أو اكتراء من الغير . وأما لو أخرج كلٌ آلة أو كانت من عند أحدهما وآجر شريكه نصفها فقيل تجوز، وقيل لا تجوز ابتداء، وتصح بعد الوقوع على المعتمد من الخلاف، ويدخل فى العمل: الطب والصيد والحفر فى المعادن وعمل الآجر، وتدخل فيه أيضا قراءة الأطفال حيث كان كل يحفظ القرآن .

(٢) قال فى المغنى لابن قدامة (٥/ ٥): وتصح شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع . فأما مع اختلافها، فقال أبو الخطاب: لا تصح . وهو قول مالك؛ لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه، ويلزم صاحبه، ويطالب به كل واحد منهما، فإذا تقبل أحدهما شيئا مع اختلاف صنائعهما، لم يمكن الآخر أن يقوم به، فكيف يلزمه عمله، أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟! وقال القاضى: تصح الشركة؛ لأنهما اشتركا فى مكسب مباح، فصح، كما لو اتفقت الصنائع، ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الآخر، فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله، ولم يمنع ذلك صحتها؛ فكذلك إذا اختلفت الصناعتان . وقولهم: يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه، قال القاضى: يحتمل ألا يلزمه ذلك؛ لأنهما كالوكيلين؛ بدليل صحتهما فى المباح، ولا ضمان فيها . وإن قلنا: يلزمه، أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة، أو بمن يتبرع له بعمله . ويدل على صحة هذا، أنه لو قال أحدهما: أنا أتقبل وأنت تعمل - صحت الشركة، وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه . =

دليلنا: ما روتْ عائشة -رضى الله عنها - أنَّ النبى ﷺ قال: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فى كِتَابِ اللهِ، فَهُوَ بَاطِلٌ» وهذا الشرطُ ليسَ فى كتابِ اللهِ؛ فوجب أن يكونَ باطلًا، ولأنَّ عمل كلّ واحد منهما مِلْكٌ له يختصُّ به؛ فلم يجز أنْ يشاركَهُ الآخَرُ فى بَدَلِه، أو شركة معقودة على أنْ يشارك كلّ واحد منهما صاحبه فى عمله، وكسبه؛ فأشبه الشركة على الاحتطابِ، والاحتشاشِ، والاصطياد، أو شركة على منافعِ أعيان متميزة؛ فأشبَهَ الشركة على منافعِ البهائمِ، أو شركة على غير مال موجود؛ فأشبه الشركة على ما يرثانِهِ، أو شركة على ما لا مِثْلَ له؛ فأشبه الشركة على العُرُوض، ولأنَّ الأصْلَ فى شركة الأبدان: العمل؛ كما أن الأصْلَ فى شركة العنانِ: المالُ، والعَمَلُ فى شركةِ الأبدان مجهولٌ، فإنه يصحُّ ألا يتقدّر عمل كلّ واحد منهما بقَدْرٍ لا يزيدُ عليه، ولا ينقصُ منه، وشركة العنان لا تصحُّ إذا كان المالُ مجهولًا؛ فكذلك شركةُ الأبدان: وجَبَ ألَّا تصحَّ؛ للجهل بذلك، وهذا على مالك، ولأنها شركة بدن فلم تصحَّ؛ كما لو اختلفتِ الصنعتان، ولأنهما لَو اشتَرَكَا على أنْ ينفردَ أحَدُهما بالعمل، ويكون الكسب بينهما - لم تصحَّ؛ لأنه شاركه فى كَسْب عمله، وهذه الشركةُ تُفْضِى إلى ذلك؛ لأنه يجوزُ أن ينفردَ أحَدُهما بالعمل ويشاركه الآخر فيه، ولأنَّ كلّ واحد منهما يملكُ ما يحصل فى يده مِنْ ذلك، فلا يستحقُّ عليه بعضه من غير عوض معلوم؛ كسائر أعيان أموالِهِ، وهذا على مالك وأحمد.

واحتجُّوا بأنَّ المنافع كالأعيان فى جواز العقد؛ فكانت كالأعيان فى الشركة.

قلنا: العقد يقتضى التمليك، وهى كالأعيان فى التمليك، والشركة تقتضى الاشتراك، ولا اشتراك فى المنافع؛ ولهذا العُرُوض كالأثمان، والدُّيُون كالأعيان فى العقودِ، وليستْ كهى فى الشركة.

قالوا: عقد تُبْتَغَى به الفائدة؛ فجاز أن ينعقد على العمل؛ كالقراض.

قلنا: فلا ينعقدُ على العمل وحده؛ كالقراض، ثم القراض يكتفى فيه بالعمل،

= وإذا قال أحدهما: أنا أتقبل، وأنت تعمل، والأجرة بينى وبينك - صحت الشركة. وقال زفر: لا تصح، ولا يستحق العامل المسمى، وإنما له أجرة المثل. ولنا: أن الضمان يستحق به الربح؛ بدليل شركة الأبدان، وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل، ويستحق به الربح، فصار كتقبله المال فى المضاربة، والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب؛ فينزل بمنزلة المضاربة.

ولهذا يسمى مضاربة، ولأنه يضربُ فى الأرض، والشركة تقتضى الاشتراك؛ ولهذا تسمَّى شركة، ولا شركة فى المنافع، ولأنَّ فى القراض أحدهما يأخذُ نماء ماله، والآخر يأخذ بَدَلَ عمله، وههنا: يأخذ كل واحد منهما كَسْبَ صاحبه، وهذا لا يجوزُ.

قالوا: تَقَبُّل الأعمال يصحُّ فيه التوكيل؛ فجازت الشركة علَيْه؛ كشراء الأموال.

قلنا: لا؛ لأنَّ فى الأصل ما يشتريه يدخلُ فى ملكهما، وههنا: يتقبَّله لنفسه؛ فلا يشاركه الآخر فيه.

فصل: فإنْ عملا على الانفراد، أو عملا معًا، وتميَّز عَمَلُ أحدهما عن عمل الآخر، كان لكلِّ واحدٍ منهما أجرة عمله؛ لأنها بدَلُ عمله، فاختصَّ بها دون الآخر؛ وكذلك إذا انفرد كُلُّ واحد منهما بالاحتطابِ، والاحتشاشِ، والاصطياد -كان ما كسبه له دون الآخر. وإنْ لم يتميَّز العملان بأنْ يخيطاه معًا، أو يقصراه - نظرْتَ:

فإن وقع العقد صحيحًا بأنْ يستأجرهما رجل على عَمَل فى ذمَّتهما؛ فعملاه - قُسِّطَ العوض المسمَّى على قدر أجرتهما، وإنْ كان العقد وقع على عملهما، فقد قيل: فيه قولان:

أحدهما: يبطلُ العقد؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فإذا لم يُعْلَمْ قدر العوض فى كلِّ واحد منهما، بطل؛ كما لو استأجر كل واحد منهما فى عقد منفرد بأجرة مجهولة، فعلى هذا: يبطلُ المسمَّى، ويجب على المستأجر لكلِّ واحد منهما أُجْرة مثل عمله.

والثانى: أنَّ الإجارةَ صحيحةٌ، ويقسم المسمى بينهما على قدر عملهما.

وإن عمل أحدهما دون الآخر، أو احتطب، أو اصطاد، أو احتشَّ -كان له أجرةُ عمله، وما كسبه من المباح دون الآخرة فإنْ أرسلا كَلْبًا لهما على صيد، كان الصيد بينهما، وإن كان الكَلْبُ لأحدهما، ففيه وجهان:

أحدهما - وعليه أكثر أصحابنا -: أنه يكون لصاحب الكلب.

والثانى: أنه يكون بينهما.

ولو استأجر رجلًا على عمَلٍ بأُجْرة معلومة، ثمَّ استعان الأجير برجلٍ على ذلك العمل، بشرط أن تكونَ الأجرةُ المسماة بينهما نِصفَيْنِ، كانت الأجرة كلُّها للأجير،

وعليه للذى استعان به أجرة مثله.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وأما شركة المفاوضة، وهو أن يعقدا الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال، والبدن، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر، بغصب، أو بيع، أو ضمان، فهى شركة باطلة، لحديث عائشة - رضى الله عنها - ولأنها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بسببه، فلم تصح، كما لو عقد الشركة على ما يملكان بالإرث، والهبة، ولأنها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه، فلم تصح؛ كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما، ما يجب على الآخر بالجناية.

فإن عقدا الشركة على ذلك، واكتسبا وضمنا، أخذ كل واحد منهما ربح ماله وأجرة عمله، وضمن كل واحد منهما ما لزمه بغصبه، وبيعه، وضمانه؛ لأن الشرط قد سقط، وبقى الربح والضمان على ما كانا قبل الشرط، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله فى نصيب شريكه؛ لأنه عمل فى ماله، ليسلم له ما شرط له، ولم يسلم؛ فوجب أجرة عمله.

(الشرح) قوله: «شركة المفاوضة»[١] هى بفتح الواو لا غير وهو القياس؛ لقول الخلاصة: «لفاعل الفِعال والمفاعلة»، وما ذكره بعضهم من جواز الكسر فقد رده البنانى من علماء المالكية؛ لأنه ليس فى الصحاح والقاموس والمصباح والمشارق إلا الفتح، نعم يصح الكسر بتكلف الإسناد المجازى للشركة على حد جد جده.

وهى: مأخوذة من قولهم: قومٌ فَوْضَى، أى: متساوون لا رئيس لهم، ونعام فَوْضَى، أى: مختلط بعضه ببعض، وكذلك: جاء القوم فوضى، ويقال: أموالهم فوضى بينهم، أى: هم شركاء فيها، وفَيْضوضَى: مثله، يُمَدُّ ويُقْصَرُ[٢].

وتفاوضَ الشريكان فى المال: إذا اشتركا فيه أجمع، وهى شركة المفاوضة. ذكر هذا كله الجوهرى[٣].

---

(١) ينظر الصحاح (فوض)، النظم (٢/ ٤، ٥).

(٢) ينظر المقصور والممدود للفراء (٤٣)، وحروف الممدود والمقصور لابن السكيت (١٠١).

(٣) ينظر الصحاح (فوض) وانظر غريب ابن قتيبة (١/ ٢٠٠)، وغريب الخطابى (٢/ ٥٣١)، زاهر الأزهرى (٢٣٤)، وتهذيب النووى (٣/ ٧٥، ٧٦)، والتحرير (٢٠٥)، والمصباح (فوض).

وفى الاصطلاح عند المالكية:

تنقسم إلى قسمين: مفاوضة عامة، وخاصة.

فالعامة: هى التى أطلق فيها كل من الشريكين أو الشركاء لصاحبه التصرف فى جميع الأنواع غيبة وحضورًا فى البيع والشراء والكراء والاكتراء وغير ذلك مما تحتاج إليه التجارة. وسميت بذلك لأن الإطلاق فيها غير مقيد بنوع.

والخاصة: هى التى أطلق فيها كل من الشريكين لصاحبه التصرف فى نوع معين، كالحرير والكتان مثلًا فى البيع والشراء، والكراء والاكتراء، وغير ذلك مما تحتاج إليه التجارة غيبة وحضورًا. وسميت بذلك لتقييد الإطلاق فيها بنوع خاص خلافًا لمن جعل هذا القسم من المفاوضة شركة عنان[١].

الأحكام: وأمَّا شركة المفاوضة -بالفاء - فهو: أَنْ يعقدا الشركةَ على أن يشتركا فيما يكسبان بالمالِ والبَدَن، وهو أن يقول أحدهما للآخر: شاركتُكَ شركة المفاوضة، أى: فَوَّضْتُ إليك جميعَ أمرِى والتصرُّف فى مالى؛ فيقول الآخر: قبلت، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر ببيع، أو ضمانٍ، أو غصب، وأن يصير مالُ كلٍّ واحد منها مشتركا بينه وبين الآخر، حتَّى لا يقدر أحدهما على أن يشترى شيئًا، إلا هو بينهما، إلا أنْ يشترى أحدهما طعامًا، أو شيئًا تافهًا؛ فهى شركةٌ باطلة.

وقال أبو حنيفة[٢]: تصحُّ إذا أوجِدَتْ شرائطها، بأن يكونا: حُرَّيْنِ مسلمَيْنِ،

---

(١) ينظر الشركة لمحمود آدم .

(٢) قال فى مجمع الأنهر (١/ ٧١٧): (شركة المفاوضة) لغة: المساواة والمشاركة، مفاعلة من التفويض؛ كأن كل واحد منهما رد ما عنده إلى صاحبه، وفيه إشعار بأن المزيد قد يشتق من المزيد إذا كان أشهر وهو خلاف المشهور كما فى القهستانى، وإنما سمى هذا العقد بها؛ لاشتراط المساواة فيه من جميع الوجوه، قال قائلهم:

لا تصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

أى: مساوين؛ فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء فى مدة البقاء وذلك بالمال .

وشريعةً: (أن يشترك متساويان) أو أكثر (تصرفا) بأن يقدر كل واحد منهما على جميع ما يقدر عليه الآخر، وإلا فات معنى المساواة . وفى الاصطلاح: التصرف يعنى الكفالة من جهته والوكالة لا مطلق التصرف؛ إذ لا بأس فى أن يكون بيع أحدهما أو شراؤه أكثر من الآخر (ودينا ومالا) أى من جهة الدين والمال (وربحا) لتحقق المساواة من جميع الوجوه، فكلما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا إن أمكن تصحيحه لتصرفهما بقدر =

جائزَى التصرُّف، وأن يكون رأسُ المال مِنَ الدراهِم والدنانيرِ، وأنْ يتساويا فى المقدار، وألا يبقيا مِنْ جنس مال الشركة شيئًا لا يدخلانه فى الشركة، وأن يتساويا فى الرِّبْح، وأن يساوى كلُّ واحد منهما صاحبه فيما يكسبُهُ بِصُنْعِهِ فى غير مالِ الشركةِ، وأن يضمن كل واحد منهما ما ضمنه صاحبُهُ بعقد ضمان، أو غصب، أو شراء فاسد، أو ما يقبله من العمل يكون عليهما، ولا يشاركه فيما جنى أو جُنِى عليه، أو تكفل ببدن غيره، ولا يشاركه فيما كسبه بالاحتطابِ والاحتشاش والاصطياد، وما أوصى له به، أو وهب له، أو ورث، أو وجب لها من المهر، أو وجد معدنًا أو ركازًا أو لُقطة: فإنَّ صاحبه لا يشاركُهُ فى هذا كلِّه: فإنْ ملك مالًا مِنْ جنس مال الشركة بالإِرْثِ أو الهبة أو الوصيَّة أو المَعْدِن ونحوها -فَسَدَتِ المفاوضةُ، وصارتْ شركة عنان.

وحكى عن بعض الناس: إنه يدخل فى ذلك الصَّداق، والميراث، والهبات، وأُروش الجنايات، والاصطيادُ، والاحتشاش.

وقال الشافعى: لو جاز عقد المفاوضة، لم يكنْ فى الدُّنيا عقدٌ فاسد، وهو على ما قال.

والدليلُ على بطلانها: حديثُ عائشة -رضى الله عنها- الذى تقدَّم ذِكْرُهُ، ولأنها شركة معقودة على أَنْ يشارك كلُّ واحد منهما صاحبه فيما يختصُّ بسببه، وهو ما يملكه من غير مال الشركة، ولا تصحُّ كما لو عقدا الشركة على ما يملكان بالهبة والإرث والاصطيادِ، ولأنها شركةٌ معقودةٌ على أن يضمن كلُّ واحد منهما ما يجبُ على الآخر بالجناية، ولأنهَّا شركة لا تصحُّ بين المسلم والكافر، وبين الحُرِّ والمكاتب؛ فأشبه الشركة على العروض، أو شركة لا تصحُّ مع تفاضُلِ المالِ؛ فأشبه ما قلناه.

واحتجوا: بما روىَ عن النبى ﷺ أنه قال «إِذَا فَاوَضْتُمْ فَأَحسِنُوا المُفَاوَضَةَ، فَإِنَّ فِيهَا أَعْظَمَ الْيُمْن وَأَعْظَمَ البَرَكَةِ، وَلَا تُجَادِلُوا؛ فَإِنَّ المُجَادَلَةَ مِنَ الشَّيْطَانِ». قلنا: لا

= الإمكان (وتتضمن) المفاوضة (الوكالة) فيصير كل واحد وكيلا عن صاحبه فحقوق عقد كل تنصرف إلى الآخر كما تنصرف إلى نفسه (والكفالة) فيصير كل كفيلا عن الآخر فيما لحقه من نحو ضمان التجارة والغصب والاستهلاك كما سيأتى، وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفى القياس لا يجوز، وهو قول الشافعى .

نَعْرِفُ هذا فى أصله، ثم المراد به: إذا تحدَّثتم؛ فإنَّ المفاوضةَ هى المحادَثَةُ؛ ولهذا قال: «ولَا تُجَادِلُوا؛ فَإِنَّ المُجَادَلَةَ مِنَ الشَّيْطَانِ».

قالوا: هذه الشركة تجمع ما يصحُّ، وهى شركةُ الأبدانِ، والوكالة، والضمان؛ فصارت كشركة العِنان.

قلنا: شركة الأبدان لا تصحُّ، ثمَّ هذه الثلاثةُ تصحُّ بين المُسْلِم والكافر، والحر والمكاتب، وهذه لا تصحُّ، ثم الشركة الجامعة لها لا تصحُّ، ولأنهَّا إن تضمنَتْ ما يصحُّ؛ فإنها تتضمَّن ما لا يصح، وهو ما قلناه؛ فبطل.

فصل: وشركةُ المفاوضةِ جائزةٌ عند مالك[1]، إلا أنه لا يشتَرِطُ فيها أنْ تكون رءوس الأموال فيها متساوية، وألا يبقى لأحدهما مالٌ، إلا ويدخله فيها.

والدليل عليه: ما تقدَّم مع أبى حنيفة، ولأنَّه عقد شرط فيه التزام ما لا يبلغ مال الشركة مِنَ الضمان، والغصب، ونحوهما؛ فوجَبَ أن يُبْطلها؛ كما لو شرطاه فى شركةِ العنان؛ قالوا: يتضمَّن الوكالة، والكفالة؛ فأشبَهَ شركة العنان.

قلنا: يبطل بما زاد على ذلك مِنَ الشروط المفسدة لها؛ كما تبطل بمثله الوكالة، والكفالة.

فصل: فإنْ عقدا الشركة على ذلك، وتصرَّفا، صحَّ تصرُّفهما؛ لأن كلَّ واحد قد أَذِنَ للآخر فى التصرُّف فنفذ مِنْهُ، وإن كان العقد فاسدًا؛ كالإذن فى الوَكَالة الفاسدة. وإنِ اكتَسَبا وضمنا، أخذ كلُّ واحد منهما رِبْحَ ماله، وأُجْرة عمله، وضمن كُلّ واحد منهما ما لَزِمَهُ بغصبه، وبيعه وشرائه وضمانه؛ لأنَّ الشرط قد سقط، وبقى الربح، والخُسْران على ما كانا عليه قبل الشَّرْط، ويرجع كلّ واحد منهما بأجرة عمله فى نصيبِ شريكِهِ؛ لأنه عمل فى ماله ليسلم له ما شرط له، ولم يسلّم؛ فوجب عليه أجرة عمله.

فإنْ كانا قد خلطا مالهما، كان الربح بينهما على قَدْر المالَيْن، لِماَ ذكرناه فى شركة العِنَان.

---

(١) قال فى حاشية العدوى (٢/ ٢٠٤): وأما شركة الأموال فهى على ثلاثة أقسام: الأول شركة مفاوضة، وحكمها الجواز اتفاقا، وهى أن يجعل كل واحد منهما لصاحبه أن يتصرف فى الغيبة والحضور فى البيع، والشراء، والكراء، والاكتراء؛ ولذلك سميت مفاوضة .

فإن كان مالُ كلٍّ واحد منهما مائة، وعمل كل واحد منهما عَشَرة -لم يرجعْ واحدٌ منهما على صاحبه بشيء؛ لما ذكرناه فى شركة العنان، وإن كان قيمة عمل أحدهما عشرة، وقيمة عمل الآخرِ عشرين: فإن كان الذى قيمةُ عمله عشرون هو صاحب المائتَيْن - لم يرجعْ على الآخر بشيء، وإن كان الذى قيمة عمله الأكثر هو صاحبَ المائة -رجع على صاحبه بِعَشَرة، والتعليلُ فيه على ما مضَى فى شركة العِنَان، إذا وقعت فاسدةً. وإن كان مِن أحدهما دراهم، ومِنَ الآخر دنانير، واشتريا به متاعًا؛ فحصل فيه رِبْحٌ، كان الربح بينهما على قدر المالَيْن، ومعرفة ذلك: أَنْ ينظر إلى ما هو غالب نَقْد البَلَد مِنَ المالَيْن؛ فَيُقَوَّمُ الآخَرُ به يوم صُرِفَ فى ثمنِ المتاع مثل أن يكون الشراء بمائةِ درهمٍ عشرة دنانير، وغالب نَقْدِ البلد دراهم، وقيمة الدنانير العَشَرة يوم شراء المتاعِ مائتَى درهم؛ فيكون الثلث لصاحبِ الدراهم، والثلثان لصاحبِ الدنانير، والربحُ بينهما على قَدْر ذلك؛ لما ذكرناه فى شركة الْعِنَان.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وأما شركة الوجوه: وهو أن يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فى ربح ما يشتريه بوجهه، فهى شركة باطلة؛ لأن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له، ينفرد به، فلا يجوز أن يشاركه غيره فى ربحه، وإن وكَّلَ كل واحد منهما صاحبه فى شراء شيء بينهما، واشترى كل واحد منهما ما أذن فيه شريكه، ونوى أن يشتريه بينه وبين شريكه، دخل فى ملكهما، وصارا شريكين فيه، فإذا بيع قسم الثمن بينهما؛ لأنه بدل مالهما.

(الشرح) قوله: «شركة الوجوه»[1] تحتمل معنيين: **أحدهما**: أن يشترى شيئًا بوجهه، أى: بنفسه، ولا ينوى صاحبه، ولا يذكره فى البيع، ثم يشاركه الآخر فيه.

والآخر: أن يكون بمعنى الْجاهِ والحَظِّ.

يقال: وَجُهَ الرَّجُلُ: إذا صار وَجيهًا، أى: ذا جاهٍ وقَدْرٍ، فكأنه يشترى؛ لِيُرَخِّصَ له فى البيع؛ لقدر حظه وجاهه، ثم يشاركه الآخر.

وهى اصطلاحًا: أن يبيع الوجيه مال الخامل بحصة من ربحه. والوجيه: هو الذى يرغب فى الشراء منه لوجاهته وشهرته. والخامل: هو الذى لا يرغب فى

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٥)، والمصباح (وجه).

الشراء منه لظن أن متاعه غير جيد. وسميت بذلك؛ لأن الباعث عليها الوجه، والمراد به وجاهة البائع المذكور.

الأحكام: وأما شركة الوجوه: وهو أن يقصدا الشَّرِكَةَ، ولا مالَ لهما؛ على أن يشارك كلُّ واحدٍ منهما صاحبه فى رِبْحِ ما يشتريه بَوجْهه، أى: بجاهه، بثمن فى الذمَّة ويبيعه.

وقيل: هو أن يقولَ أحدهما للآخر - ولا مال له -: اشتر على جاهى كذا وكذا، والربح بيننا.

وقيل: هو أن يقول أحدهما للآخر: عَقَدْنا الشركةَ على أن أشترى على جاهى، وتبيع أنت؛ لأنى بالشراء فى السوق أبصَرُ، وعند التُّجّار أوجه وأعرف، فيشترى، والآخر يلزم الحانوت.

فهى شركة باطلةٌ؛ وبه قال مالك[1].

وقال أبو حنيفة: يصحُّ[2].

---

(١) قال فى حاشية العدوى (٢/ ٢٠٣): شركة الوجوه وهى أن يبيع الوجيه مال الخامل ببعض ربحه، وحكمها الفساد؛ لشيئين:
أحدهما: أن فيه إجارة، والآخر: أن فيه تدليسا؛ لأن كثيرا من الناس يرغب فى الشراء من أملياء السوق؛ ظنا منهم أن الأملياء إنما يتجرون فى جيد السلع، وأن الفقراء على العكس من ذلك .

(٢) قال فى الجوهرة النيرة (١/ ٢٨٩): (قوله: وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة بينهما على ذلك) وقد تكون هذه مفاوضة وعنانا: فأما المفاوضة فأن يكونا من أهل الكفالة ويتلفظا بلفظها ويكون المشترى بينهما وكذا ثمنه، وأما العنان فيتفاضلان فى ثمن المشترى ويكون الربح بينهما على قدر الضمان، فإذا أطلقت تكون عنانا . (قوله: وكل واحد منهما وكيل للآخر فيما يشتريه، فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، وإن شرطا أن يكون بينهما أثلاثا فالربح كذلك) لأن هذه شركة منعقدة على الضمان، والضمان يستحق به الربح بمقدار ما ضمن كل واحد منهما بالعقد، فإن شرط له أكثر من نصيبه لم يجز؛ لأنه ربح شرط له من غير مال ولا عمل فلا يجوز، ولأن استحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك فى المشترى؛ فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه .

وقال فى المبسوط (١١/ ١٥٤): شركة الوجوه صحيحة عندنا .

وقال فى الإنصاف (٤/ ٤٥٨): قوله (الثالث: شركة الوجوه) أى الشركة بالوجوه، (وهو أن يشتركا على أن يشتريا بجاههما دينا) أى شيئا إلى أجل . هذا المذهب وعليه الأصحاب =

دليلنا: هو أنَّ ما يشتريه كلُّ واحد منهما مِلْكٌ له ينفرد به؛ فلا يجوز أن يشاركَهُ غيره فى ربحه، ولأن الابتياع للغير إذا افتقرَ إلى إذنِهِ، افتقر إلى النِّيَّة فى حال العقد؛ كالوكيل إذا اشتَرَى لموكّله، ولأنَّه شركة على غير مالٍ؛ فأشبه الشركة فى الاحتطابِ.

قالوا: كلُّ واحد منهما وكيلٌ لصاحبه؛ فصار كما لو قال: اشترِ بَيْنى وبينك ثوبًا.

قلنا: هناك نَوَى الشراء لنَفْسه ولشريكه، وههنا الشِّراء فى الذمَّة مِنْ غير نيَّة، فصار كالوكيل إذا اشترى من غير نيَّة.

فصل: فإنْ أراد أنْ تقع شركةُ الوجوه صحيحةً، افتقرتْ صِحَّتها إلى شروط:

أحدها: أنْ يأذن كلُّ واحد منهما لصاحبه فى التصرُّف؛ لأنَّ كل واحد منهما كالوكيلِ للآخر فيما يشتريه له؛ فلا يصحُّ تصرفه له مِنْ غير إذنه؛ كسائر الوكلاء.

والثانى: أن يبين الجنس الذى يشتريه؛ لأنَّ الأجناسَ تتفاوَتُ، والأغراض فيها

= وسواء عينا جنس الذى يشترونه أو قدره أو وقته، أو لا . فلو قال كل واحد منهما للآخر: ما اشتريت من شيء فهو بيننا، صح . وقال الخرقى: هى أن يشترك اثنان بمال غيرهما . فقال القاضى: مراد الخرقى: أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين فى الربح بمال غيرهم؛ لأنهما إذا أخذا المال بجاههما لم يكونا مشتركين بمال غيرهما . قال المصنف، والشارح: وهذا محتمل . وحمل غير القاضى كلام الخرقى على الأول . منهم المصنف، والشارح . وقالا: واخترنا هذا التفسير؛ لأن كلام الخرقى بهذا التفسير يكون جامعا لأنواع الشركة الصحيحة . وعلى تفسير القاضى يكون مخلا بنوع منها وهى شركة الوجوه . قال الزركشى: والذى قاله القاضى هو ظاهر اللفظ . وهو كما قال . وعلى هذا: يكون هذا نوعا من أنواع المضاربة . ويكون قد ذكر للمضاربة ثلاث صور . قوله (والملك بينهما على ما شرطاه) فهما كشريكى العنان، لكن هل يشتريه أحدهما يكون بينهما، أو لا يكون بينهما إلا بالنية؟ فيه وجهان وأطلقهما فى الفروع . وقال: ويتوجه فى شركة عنان مثله . وجزم جماعة بالنية . انتهى . وقال فى الرعاية الكبرى: وهما فى كل التصرف، وما لهما وما عليه: كشريكى العنان . وقال فى شريكى العنان: وكل واحد منهما أمين الآخر ووكيله . وإن قال لما بيده: هذا لى، أو لنا، أو اشتريته منها لى، أو لنا - صدق مع يمينه، سواء ربح أو خسر . انتهى . فدل كلامه على أنه لا بد من النية . وقال فى الرعاية الصغرى: وهما فى كل التصرف كشريكى عنان . وكذا قال المصنف هنا، وغيره من الأصحاب . قوله (والربح على ما شرطاه) هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به الوجيز، وغيره . وقدمه فى المغنى، والشرح، والفروع، وغيرهم . (ويحتمل أن يكون على قدر ملكيهما) واختاره القاضى، وابن عقيل؛ لئلا يأخذ ربح ما لم يضمن .

تختلفُ؛ فقد يعتقد أنَّ صاحبَهُ يشترى الأشياءَ المحقَّرة فيدعها، ويشترى الأشياء الرفيعة، وقد يكونُ بالعَكْس من ذلك.

والثالث: أن يذكر القَدْر الذى ينتهى إليه؛ لأنَّ الأعراض تختلف فيها؛ فقد يعتقد أنَّ صاحبه يشترى إلى العَشَرة ونحوها؛ فيرتقى إلى الألفْ فصاعدًا؛ فافتقر إلى بيانه؛ ليزول الغرر.

والرابع: أن ينوى كلُّ واحدٍ منهما وقتَ الشراء: أنه يشتريه لنفسه ولصاحبه. فإذا اشترى كلُّ واحد منهما ما أَذِنَ فيه شريكُهُ، ونوى أنه يشتريه بينه وبين شريكه -دخَلَ ذلك فى مِلكهما، وصارا شريكَيْن فيه؛ فإذا بِيعَ، قُسِّمَ الثمن بينهما؛ لأنَّ الثمن بَدَلُ مالهما. فإنْ نوى عند الشراء: أنه يشتَرِيه لِنفسه دون شريكه، كان الشراء لنفسه دُونَ شريكه، والرِّبْحُ له، والخسرانُ عليه؛ كالوكيلِ إذا اشترى شيئًا، ولم يَنْوِ أنه لموكّله.

فصل: وإنِ اشترك أربعة على أنْ يكونَ من أحدهم بيتٌ، ومن آخر رحى، ومن آخر بغل، ويعمَل الرابع فى الطَّحْن، ويكون ما يحصُلُ من الفائدة بينهم، فهى شركةٌ فاسدةٌ؛ لأنَّ الشركة مِنْ شرطِ صِحَّتها المالُ، وأنْ يكون مختلطًا، ولم يوجد ههنا ذلك، وليسَتْ بإجارة؛ لأنَّ من شرط صحة الإجارة ذِكْرَ المدَّة وبيانَ الأجرة، ولم يوجدْ ذلك، وليست بقراضٍ؛ لأن القراض مِنْ شرط صِحَّته رَأْسُ المال يرجع إليه عند المفاضلة، ويكون الربح من نمائه لا مِنْ عينه؛ فكانتْ فاسدةً.

فإن كان الذى طحن استأجَرَ من صاحب البيتِ البيتَ، ومن الآخر الرحى، ومن الآخر البغل، بأجرة واحدة معلومة: ففى صحَّة هذه الإجارةِ قولان؛ كالقولَيْن فى رجلَيْنِ؛ لكلٍّ واحد منهما عبد فباعاهما مِنْ رجل بثمن واحد:

فإن قلنا: إن الإجارةَ تصحُّ، قسمتِ الأجرةُ بينهما على قَدْر أجرة مثل البيت، والرَّحَى، والبَغْل، والأجير.

وإن قلنا: لا تصحُّ، استحق كُلُّ واحد منهما على صاحبِ الطعامِ أجرة مِثْل ما كان مِنْ جهته، ويسقط المسمَّى.

وإن كان استأجر أربعةً فى الذمَّة لطحن الحنطةِ، صَحَّتِ الإجارةُ؛ لأنَّ الذى عقد عليه العقد لكلٍّ واحد منهم من العمل معلومٌ، وهو تحصيلُ طحن ذلك الطعامِ؛ وكذلك الأجرة التى تخصُّ كلَّ واحدٍ منهم معلومةٌ، وهى ربع العوض.

ويخالف المسألة قبلها؛ لأنَّ ما يخص كلَّ واحد منهم فيها غَيْرُ معلوم، ووجب

المسمَّى، وكان لكلِّ واحدٍ منهم ربعه، ولصاحبِ البيت أَنْ يرجع على الثلاثة بثلاثةِ أرباعِ أجرةِ بيته، ولصاحب الرحى أن يرجع على الثلاثةِ بثلاثة أرباعِ أجرة رحاه، وللعامل أن يرجعَ بثلاثةِ أرباعِ أجرة عمله؛ فمن فَضَلَ له شيء، أخذه؛ لأنَّ على كلِّ واحد منهم طَحْنَ الربع منه مستحق؛ فمن عمل شيئًا مما على غيره فى طحنه، استحقَّ أجرته عليه. وإن عقد صاحبُ الطعام هذا العقْدَ مع واحدٍ منهم -نظرتَ-:

فإنْ عقده عن نفسه وعنهم بأنْ تلفَّظ بذلك، أو نواه عن الثلاثة: فالحكم فيه مِثْلُهُ إذا عقد معهم؛ لأنَّه مأذونٌ مِنْ جهتهم. وإنْ عقده عن نفسه خاصَّةً، استحقَّ كلَّ الأجرة المسمَّاة. وإذا طحَنَ على ما همْ عليه، لَزِمَهُ لكلِّ واحد مِنْ شركائِهِ أجرة مثل ما أخرجه.

فصل: وإنِ اشتَرَكَ أربعةٌ على أن تكون مِنْ أحدهم قطعةُ أَرْض، ومن آخر فَدّان،[1] ومن الثالثِ البذْر، ويزرع الرابع الأرض، ويكون ما يحصلُ من الغَلَّة بينهم -فهى شركةٌ فاسدةٌ؛ لأنها ليسَتْ بشركة، ولا قراض، ولا إجارة؛ فإنَّ من شرط الشركة: أن يخلط ما يخرجُ ويكون معلومًا، ومِنْ شرط القراض: رأس مالٍ يرجعُ إليه عند المفاضلة، ويكونُ الرِّبْح من فائدته لا من عينه، ومِنْ شرط الإجارة: أن تكون المدَّةُ معلومةً، والعوض معلومًا، ولم يوجد ههنا ذلك؛ فكانت فاسدةً، وتكون جميع الغلة لصاحب البذر؛ لأنه عين ماله نقلتْ مِنْ حال إلى حال، ولأنَّ فى القراض الفاسد: يكونُ جميعُ الربح لربِّ المال، وإن حصل بتصرُّف الآخر؛ فكان ههنا كذلك، وعليه أجرة مثل الأرض والفدان وعمل الزارع؛ لأن كُلَّ واحد منهم بذل المنفعة فى مقابلة ما يحصل له من العوض، ولم يُمْكِنْهُ الرجوعُ إليه، فكان له قيمته؛ كمن باع شيئًا بيعًا فاسدًا، وتلف فى يد المشترى؛ فإنه يرجع عليه بقيمته.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أخذ رجل من رجل جملًا، ومن آخر راويةً، على أن يستقى الماء، ويكون الكسب بينهم؛ فقد قال «فى موضع»: يجوز، وقال «فى موضع»: لا يجوز.

فمن أصحابنا من قال: إن كان الماء مملوكًا للسقاء؛ فالكسب له، ويرجع عليه

---

(١) الفدان: آلة الحرث، ويطلق على الثورين يحرث عليهما.
ينظر المصباح المنير (فدن).

صاحب الجمل والراوية بأجرة المثل للجمل والراوية؛ لأنه استوفى منفعتهما بإجارة فاسدة، فوجب عليه أجرة المثل.

وإن كان الماء مباحًا؛ فالكسب بينهم أثلاثًا؛ لأنه استقى الماء على أن يكون الكسب بينهم، فكان الكسب بينهم، كما لو وكلاه فى شراء ثوب بينهم، فاشتراه على أن يكون بينهم - وحمل القولين على هذين الحالين.

ومنهم من قال: إن كان الماء مملوكًا للسقاء، كان الكسب له، ويرجعان عليه بالأجرة؛ لما ذكرناه.

وإن كان الماء مباحًا، ففيه قولان:

أحدهما: أنه بينهم أثلاثًا؛ لأنه أخذه على أن يكون بينهم، فدخل فى ملكهم، كما لو اشترى شيئًا بينهم بإذنهم.

والثانى: أن الكسب للسقاء؛ لأنه مباح اختص بحيازته، فاختص بملكه، كالغنيمة، ويرجعان عليه بأجرة المثل؛ لأنهما بذلا منفعة الجمل والراوية ليسلم لهما الكسب، ولم يسلم، فثبت لهما أجرة المثل.

(الشرح) قوله «السقاء»: سقاية الماء معروفة، والسقاء هو الذى يوزع ماء الجداول على مستحقى الماء.

قوله: «بحيازته»: الحوز لغة: الجمع وضم الشىء، وكل من ضم شيئًا إلى نفسه من مال أو غيره فقد حازه حوزًا وحيازة، واحتازه احتيازًا[(١)].

قال صاحب البهجة: الحوز وضع اليد على الشىء المحوز.

وفى الاصطلاح قال الدردير من علماء المالكية: الحيازة: هى وضع اليد على الشىء والاستيلاء عليه.

والحيازة بهذا التعريف بمعنى القبض. يؤيده قول ابن أبى زيد القيروانى من علماء المالكية: ولا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بالحيازة. فإن مات قبل أن تحاز عنه فهى ميراث. وفى القوانين الفقهية لابن جزى من علماء المالكية: القبض: هو الحوز. وفى كتب المالكية استعمال كملة «حوز» بدل (حيازة)[(٢)].

---

(١) تاج العروس (حوز) ولسان العرب (حوز)، والمصباح المنير (حوز).

(٢) ينظر: الدسوقى مع شرح الدردير (٤/ ٢٣٣)، والقوانين الفقهية ص (٣٢٨)، والشرح الصغير (٤/ ٣١٩)، والبهجة فى شرح التحفة (١/ ١٦٨)، والخرشى (٧/ ٢٤٢).

الأحكام: وإنْ أخذ رجل من رجل جملًا، ومن آخر راويةً على أن يستقى الماء ويبيعه، ويكون الثمن بينهم - وقول صاحب الكتاب: «ويكون الكسب بينهم» أراد به: الثمن - فهى شركةٌ فاسدةٌ؛ لأنها ليستْ شركةً ولا قراضًا ولا إجارة؛ فإنَّ مِنْ شرط صحةِ الشّركة: أن يخلطَ ما يخرج ويكون معلومًا، ومِنْ شَرْطِ القراض: عَوْدُ رأسِ المال إلى صاحبه، وههنا الراويةُ تنقصُ وتَخْلَقُ، ومِنْ شرط صحة الإجارة: أن تكون المدة معلومةً، والعوضُ فيها معلومًا، ولم يُوجَدْ ههنا ذلك؛ فكانتْ فاسدةً، فإذا استقى الماء، وباعه:

قال الشافعى فى موضع: يكونُ الثمنُ للسَّقَّاء، وعليه أجرة الجمل والراوية.

وقال فى موضع آخر: الثمن بينهم أثلاثا، ويرجع كل واحد منهم على صاحبيه بأجرة ثلثى ما كان من جهته.

فمن أصحابنا من قال: إذا كان الماء مملوكا للسقاء؛ بأن يكون جميعه فى موضع له، ونحوه، فالكسب له -أى ثمن الماء - لأنه باع ملك نفسه، ويرجع عليه صاحب الجمل، وصاحب الراوية بأجرة المثل للجمل والراوية فى تلك المدة؛ لأنه استوفى منفعتهما؛ فوجب عليه أجرة المثل؛ كما لو استوفى منفعتهما بإجارة فاسدة.

وإن كان الماء مباحا؛ فالكسب -أى: الثمن - بينهم أثلاثا؛ لأنه استقى الماء على أن يكون بينهم؛ فكان الكسب -أى: الثمن - بينهم؛ كما لو وكلاه فى شراء ثوب بينهم.

فعلى هذا يرجع كل واحد منهم على صاحبيه بحصته من أجرة مثل ما أخرجه؛ كرجلين يخرج كل واحد منهما مالًا ويشتركان شركة فاسدة، فإنهما يقتسمان الربح على قدر المالين، ثم يرجع كل واحد منهما على صاحبه بأجرة مثل عمله على ماله. وحملوا القولين على هذين الحالين.

ومنهم من قال: إن كان الماء مملوكا للسقاء، كان الكسب -أى: الثمن - له؛ قولًا واحدًا، فيرجع صاحب الجمل وصاحب الراوية عليه بالأجرة؛ كما ذكرناه.

وإن كان الماء مباحا؛ ففيه قولان:

أحدهما: أن الثمن بينهم أثلاثا؛ لأنه أخذه على أن يكون بينهم -أى: بنية أن يكون بينهم - فدخل فى ملكهم؛ كما لو وكلاه فى شراء شىء بينهم، فاشتراه بنية أن يكون بينهم.

والثاني: أن الكسب -أي: الثمن - للسقاء؛ لأنه مباح اختص بحيازته؛ لأن الحيازة لم توجد إلا منه؛ فاختص بملكه؛ كالغنيمة.

فعلى هذا يرجعان عليه بأجرة المثل؛ لأنهما بذلا منفعة الجمل والراوية؛ ليسلم لهما الكسب -أي: ثمن الماء - ولم يسلم؛ فثبت لهما أجرة المثل.

فصل: وهكذا إن دفع إليه مركبا؛ ليحمل فيها ما يصطاده من السمك على جزء من الصيد؛ فالحكم في السمك؛ كالحكم في الماء سواء على ما تقدم؛ لأنه شبيه بالماء في ذلك؛ فكان الحكم فيه حكمه.

وإن دفع إليه رجل دابة؛ ليحمل عليها شيئا من الملح إذا قطعه ويبيعه، ويكون الثمن بينهما نصفين؛ فهي شركة فاسدة، وحكم الثمن والدابة على ما تقدم في الماء والسمك.

وإن دفع إلى رجل دابة؛ ليكريها إلى بلد، ويكون له جزء من الأجرة، أو دفع إليه مركبا؛ ليكريها وتكون الأجرة بينهما؛ فهي شركة فاسدة، وجميع الأجرة لصاحب الدابة أو المركب؛ لأنه بذل منافع ملكه؛ فاختص بها. وللعامل أجرة مثل عمله على صاحب الدابة أو المركب؛ لأنه أتلف منافعه؛ ليسلم له ما شرط من الجزء المسمى، ولم يسلم له؛ فرجع إلى بدل منافعه؛ كسائر نظائره.

فصل: وإن دفع إليه شبكة؛ ليصطاد بها، ويكون الصيد بينهما؛ فهي شركة فاسدة؛ لما مضى، وينظر فيه: فإن كان يصطاد بها حال ما يطرح الشبكة في الماء ويتناوله في الحال، فالحكم فيه على ما مضى في الماء المباح؛ لأنه بمنزلته، سواء كان ينصبها في الماء ويمضي عنها، ثم يعود إليها؛ فيجد السمك فيها، أو كان يصطاد بها الظباء ونحوها من البَرِّيَّة؛ كالخيول ونحوها؛ فإنَّ الصيد فيهما يكونُ لصاحب الشَّبَكة؛ لأنها ملكه، وقد حصل ذلك فيها؛ فصار كالمربوطِ في مِلْكه، ويلزمه للعامِلِ أجرةُ مِثْلِ عمله؛ لما مضَى.

فصل: وقال الشافعي: وشركة الأزواد في السفر سُنَّةٌ، فعله رسول الله ﷺ وأصحابه - رضوان الله عليهم -، وليس مِنْ باب الربا بسبيل؛ فيخلط هذا طعامه بطعام غيره، جنسًا وجنسَيْن، وأقل وأكثر، ويأكلان، ولا رِبًا في ذلك.

فصل: ولا يجوزُ لأحدِ الشريكَيْن أن يسافر بالمالِ مِنْ غير إذنِ شريكِهِ بصريحِ الإذْنِ، سواءٌ قال: «اعمل برأيك»، أو لم يقل، إذا باع أحدهما شيئًا، أو اشتراه،

سُمِعَتِ الدعوَى عليهما؛ كالوكيل.

وإذا اشترَى أَحَدُ الشريكَيْن عبدًا، ثم وجده غبيًّا: فإن أرادا الرَّدَّ، كان لهما ذلك وإنْ أراد أحدهما الردَّ دون الآخر -نظَرْتَ:

فإن كان أعلمه أنه يشتريه بمالِ الشركةِ، أوْ لَهُ ولشريكه بثمن فى الذمَّة -ففيه وجهان:

أحدهما: له الردُّ دون الآخر؛ وهو المذهب؛ لأنَّ الشراء وقع لهما جميعًا؛ فصار كما لو أوجَبَهُ لهما جميعًا؛ فعلى هذا: إذا ردَّه، أَخَذَ نصْفَ الثمن، وبقى نصف العبد، وتنفسخ الشركة فى ذلك العبد؛ فيصير نِصْفُ الثَّمَن له، ونصف العبد للآخر.

وقيل: لا تنفسخُ؛ بل يكونُ نصف الثمن بينهما، ونصف العبد بينهما. فإنْ أراد أحدهما أنْ يستردَّ نصف النصف من العبدِ، لم يجز.

والثانى: ليس له الرد؛ لأنَّه أوجب إيجابًا واحدًا؛ فلا تبعَّض عليه الصفقة؛ كما لو انفرَدَ بذلك. وإن كان أطلَقَ الشَّراء بأنْ لم يعلمْ أنَّه يشتريه له ولشريكه، لم يكنْ له الرَّدُّ وجهًا واحدًا؛ لأنَّ الظاهر أنَّه اشتراه لنفسِهِ وحده، ولا يلزمُهُ الحكم بما يخالفُ الظَّاهِرَ.

فصل: وإن باع أحد الشريكَيْن عبدًا أو ثوبًا، وأطلق العقد، ثمَّ ادَّعَى أنه مِنْ مال الشركة، وأنه باع نصيبَ شريكِه بغير إذنِهِ، وصدَّقه الشريك، وأنكره المشترى -: فالقولُ قولُ المشترِى مع يمينِهِ؛ لأنَّ الظاهر أنَّه باعَ مالَ نفسِهِ، فإنْ أقام الشريكُ البيِّنة بأنَّ النصف من العبد أو الثَّوْب له، قضى له به؛ لزوال التهمة، ويُنْظَرُ فى المشترى: فإن لم يدَّعِ أنه أذن لشريكه فى بيع نصيبِهِ، فالبيع باطلٌ فى نصيب الذى لم يبعْ، وفى نصيب البائعِ قولان، بناء على القولَيْن فى تفريقِ الصفقةِ.

وإن ادعى أنَّ الشريك أَذنَ له فى البيع؛ فالقولُ قولُ الشريك إن أنكر مع يمينه: أنه لم يأذنْ؛ لأنَّ الأصل عدمُ الإذنِ، فإنْ حلف، بطَلَ البيع فى نصيبه، وفى نصيبِ البائعِ القولان.

وإنْ باع العبد أو الثوب وبَيَّن أن نصفه له، ونصفه لشريكه، ثمَّ ادعى الشريك: أنه لم يأذنْ له فى البيع -فالقولُ قولُهُ مع يمينه؛ لأنَّ الأَصْلَ عدمُ الإذن، فإنْ حلف كان البيع باطلًا فى نصيبه، وفى نصيبِ البائعِ القولانِ، وكلُّ موضع قلنا: إن البيع باطلٌ؛ فأراد أن يجيزَه، لم يجزْ إلَّا بعقدٍ مستأنفٍ على وجهٍ يصحُّ به العقد؛ لما ذكرناه فى

البُيُوع.

فصل: إذا كان بين الشريكين عبد؛ فغصب رجلٌ نصيبَ أحدهما دون نصيبِ الآخر؛ بأنْ يمنع أحدهما أنْ ينتفع بالعبد، ولا يمنع الآخر: فإذا أزالَ يده، كانَ غاصبًا؛ فباع الغاصب والشريك العبد:

فمن أصحابنا من قال: هو على القولَيْن فى تفريقِ الصفقة؛ فإن قلنا: تفرَّق، صحَّ البيع فى نصْفِ العبد، وإنْ قلنا: لا تفرَّق، لا يصحُّ فى شىء منه.

ومنهم من قال: يصحُّ فى نصيبِ المالكِ قولًا واحدًا؛ لأنَّ العقد مع اثنَيْن بمنزلة العقْدَين؛ فإذا فَسَد أحد العقدَيْن، لم يفسدِ الآخر.

فإنْ كان الغاصب أحد الشريكين؛ فقد قال أبو إسحاق المروزى: لا يصحُّ البيع فى نصيبِ شريكِهِ، وفى نصيبِهِ القولان: فإنْ وكّل الشريك الذى لم يغصب منه الغاصبَ فى بيعِ نصيبِهِ نظَرْتَ:

فإن باع وأطلَق البيع: فإنْ لم يذكُرِ الشريكَ، لم يَصِحَّ البيعُ فى نصيب المغصوبِ منه، وهل يَصِحُّ فى نصيب الآذن؟ فيه القولان. وإن ذكر البائعُ أنه وكيلٌ فى نصفه، كان ذلك بمنزلة العقدَيْن، وكان على الطريقين.

فصل: فإن اشترَى رجلان مِنْ رجلٍ عبدَيْن صفقةً واحدةً، بيمينٍ واحد، ثمَّ وجدا بهما عيبًا؛ فأراد أحدهما رَدَّ أحد العبدَيْن دون المشترى الآخر -: لم يكنْ له ذلك، قاسمه الشريك أم لا، وإنَّما له أن يردَّ نصف العبدين مشاعًا؛ وهكذا لو أراد أن يرد نصْفَ أحدهما بعينه، لم يكنْ له ذلك لتبعيضِ الصفقة على البائع.

فصل: وإن باع رجلان مِنْ رجلٍ عبدَيْن بكلٍّ واحد منهما واحد من العبدَيْن فى صفقة واحدةٍ، بيمينٍ واحد: ففيه قولان:

أحدهما: أنه يصحُّ البيعُ؛ لأنَّ جملة الثمن معلومةٌ فى العقد.

والثانى: لا يصحُّ -وهو الأصح عند أصحابنا - لأنَّ عقد الاثنَيْنِ مع الواحد عقدان. فإذا لم يعلَمْ قدر العوض فى كلِّ واحد منهما -بَطَلَ؛ كما لو باع كلُّ واحد منهما عبده فى صفقةٍ واحدةٍ بثمنٍ مجهول، ويخالف العبدَيْن إذا كانا لواحدٍ، وباعهما من واحدٍ؛ لأنه عقد واحد، ويخالف إذا كان لكلِّ واحد منهما نصف العبدَيْن مشاعًا؛ لأنَّ ثمن نصيبِ كلِّ واحد منهما معلومٌ، ولأنَّه لا يحتاج فيها إلى تقدير: فإنْ وكّل كلّ واحدٍ منهما الآخر فى بيع عبده مع عبد نفسه؛ فباع أحدهما

العبدَيْن، جميعًا، فإن قلنا: إن البيع يصح، قُوِّم كل واحد من العبدين، وقسّم الثمن عليهما على قدر قيمتهما. وإنْ قلنا: إنه يبطل -نظَرْتَ:

فإن صدَّق المشترى البائعَ فى ذلك؛ كان باطلًا. وإن كذَّبه؛ فالقولُ قول المشترى مع يمينه؛ لأنَّ الظاهر أنه باع ملكه.

فإن حلف أنه لا يعلَمُ أنَّ أحد العبدَيْن لم يكنْ له، سقطَتْ عنه الدعوَى، فإن كان الثمَنُ فى يد البائع؛ فإنه يقرُّ بأنه للآخر، وقد حال بين صاحبِ العبد وبين العبد بتسليمه إلى المشترِى؛ فاستحقَّ عليه قيمتَهُ، فإن كان الثمَنُ قَدْرَ القيمة، أو دونها؛ كان لصاحبِ العبدِ أَخْذُهُ، وإن كان أكثر منْ قيمة العبد؛ استَحَقّ منه قدر القيمة، والباقى يجعل تحت يَدِ الحاكم؛ ليحفظه على صاحبِهِ، فإن ادَّعاه، رُدَّ إليه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) والشريك أمين فيما فى يده من مال شريكه، فإن هلك المال فى يده من غير تفريط؛ لم يضمن؛ لأنه نائب عنه فى الحفظ والتصرف، فكان الهالك فى يده كالهالك فى يده.

فإن ادعى الهلاك، فإن كان بسبب ظاهر؛ لم يقبل حتى يقيم البينة عليه، فإذا أقام البينة على السبب؛ فالقول قوله فى الهلاك مع يمينه، وإن كان بسبب غير ظاهر؛ فالقول قوله مع يمينه من غير بينة؛ لأنه يتعذر إقامة البينة على الهلاك، فكان القول قوله مع يمينه.

وإن ادعى عليه الشريك خيانةً، وأنكر؛ فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم الخيانة، وإن كان فى يده عين، وادعى شريكه أن ذلك من مال الشركة، وادعى هو أنه له؛ فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الظاهر مما فى يده أنه ملكه.

فإن اشترى شيئًا فيه ربح، فادعى الشريك أنه اشتراه للشركة، وادعى هو أنه اشتراه لنفسه، أو اشترى شيئًا فيه خسارة، وادعى الشريك أنه اشتراه لنفسه، وادعى هو أنه اشتراه للشركة؛ فالقول قوله؛ لأنه أعرف بعقده، ونيته.

(فصل) وإن كان بينهما عبد، فأذن أحدهما لصاحبه فى بيعه، فباعه بألف، ثم أقر الشريك الذى لم يبع أن البائع قبض الألف من المشترى، وادعى المشترى ذلك، وأنكر البائع؛ فإن المشترى يبرأ من حصة الشريك الذى لم يبع؛ لأنه أقر أنه سلم حصته من الثمن إلى شريكه بإذنه، وتبقى الخصومة بين البائع وبين المشترى، وبين

الشريكين.

فإن تحاكم البائع والمشترى فإن كان للمشترى بينة بتسليم الثمن، قضى له، وإن لم يكن له من يشهد غير الشريك الذى لم يبع، فإن شهادته مردودة فى قبض حصته؛ لأنه يجر بها إلى نفسه نفعًا، وهو حق الرجوع عليه بما قبض من حصته.

وهل ترد فى حصة البائع؟ فيه قولان:

فإن قلنا: تقبل، حلف معه المشترى، ويبرأ.

وإن قلنا: لا تقبل، أو لم يكن عدلًا؛ فالقول قول البائع مع يمينه أنه لم يقبض، فإن حلف أخذ منه نصف الثمن، وليس للشريك الذى لم يبع أن يأخذ مما أخذ البائع شيئًا؛ لأنه أقر أنه قد أخذ الحق مرةً، وإن ما أخذه الآن أخذه ظلمًا، فلا يجوز أن يأخذ منه.

وإن نكل البائع، حلف المشترى ويبرأ، وإن تحاكم الشريكان، فإن كان للذى لم يبع بينة بأن البائع قبض الثمن؛ رجع عليه بحصته، وإن لم تكن له بينة، حلف البائع: أنه لم يقبض، ويبرأ، وإن نكل عن اليمين، ردت اليمين على الذى لم يبع، فيحلف، ويأخذ منه حصته، وإن ادعى البائع أن الذى لم يبع قبض الألف من المشترى، وادعاه المشترى، وأنكر الذى لم يبع؛ نظرت: فإن كان الذى لم يبع مأذونًا له فى القبض؛ برئت ذمة المشترى من نصيب البائع؛ لأنه أقر أنه سلمه إلى شريكه بإذنه، وتبقى الخصومة بين الذى لم يبع، وبين المشترى، وبين الشريكين؛ فيكون البائع ههنا كالذى لم يبع، والذى لم يبع كالبائع فى المسألة قبلها، وقد بيناه.

وإن لم يكن واحد منهما مأذونًا له فى القبض؛ لم تبرأ ذمة المشترى من شىء من الثمن؛ لأن الذى باعه أقر بالتسليم إلى من لم يأذن له، والذى لم يبع أنكر القبض، فإن تحاكم البائع والمشترى، أخذ البائع منه حقه من غير يمين؛ لأنه سلمه إلى شريكه بغير إذنه.

وإن تحاكم المشترى والذى لم يبع: فإن كان للمشترى بينة، برئ من حقه، وإن لم يكن له من يشهد غير البائع، فإن كان عدلًا، قبلت شهادته؛ لأنه لا يجر بهذه الشهادة إلى نفسه نفعًا، ولا يدفع بها ضررًا، فإذا شهد حلف معه المشترى، وبرئ.

وإن لم يكن عدلًا، فالقول قول الذى لم يبع، مع يمينه، فإذا حلف أخذ منه حقه.

وإن كان البائع مأذونًا له فى القبض، والذى لم يبع غير مأذون له، وتحاكم البائع

والمشترى، قبض منه حقه من غير يمين؛ لأنه سلمه إلى شريكه من غير إذنه.

وهل للشريك الذى لم يبع مشاركته فيما أخذ؟

قال المزنى: له مشاركته، وهو بالخيار بين أن يأخذ من المشترى خمسمائة، وبين أن يأخذ من المشترى مائتين وخمسين، ومن الشريك مائتين وخمسين.

وقال أبو العباس: لا يأخذ منه شيئًا؛ لأنه لما أقر أن الذى لم يبع قبض جميع الثمن، عزل نفسه من الوكالة فى القبض؛ لأنه لم يبق له ما يتوكل فى قبضه، فلا يأخذ بعد العزل إلا حق نفسه، فلا يجوز للذى لم يبع أن يشاركه فيه.

فإن تحاكم المشترى والذى لم يبع، فالقول قول الذى لم يبع، مع يمينه: أنه لم يقبض؛ لأن الأصل عدم القبض.

فإن كان للمشترى بينة، قضى له وبرئ، وإن لم يكن له من يشهد إلا البائع، لم تقبل شهادته على قول المزنى؛ لأنه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة ضررًا، وهو رجوع الشريك الذى لم يبع عليه بنصف ما فى يده.

وعلى قول أبى العباس تقبل شهادته قولًا واحدًا؛ لأنه لا يدفع بشهادته ضررًا؛ لأنه لا رجوع له عليه.

(الشرح) قوله: «عزل نفسه من الوكالة»، أى: يُنَحِّى نفسه عن التصرف، من قولهم: عَزَلَه عن العمل: إذا نَحَّاهُ، وعزل عن أَمَتِهِ: إذا نَحَّى ماءَهُ عَنها، واعتزل وتعزل بمعنى. قال الأحوص:

يا دير عاتكة الذى أَتَعَزَّلُ ....[1]

أى: أَتَجَنَّبُهُ وأَتَنَحَّى عنه[2].

الأحكام: الشريكُ أمينٌ فيما فى يده مِنْ مالِ شريكِهِ: فإنْ هلك المالُ فى يده مِنْ غير تفريطٍ، لم يضمنْ؛ لأنه نائب عنه فى الحِفْظِ والتصرُّف؛ فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد مالكه.

وإن ادعَى الهلاكَ، وأنكره الآخر: فإنْ كان ادعى ذلك بسببٍ ظاهرٍ؛ كالنَّهب

---

(١) صدر بيت وعجزه:

.... حذر العدا وبه الفؤاد موكل

ينظر ديوانه (١١٧)، وروايته: يا بيت عاتكة.

(٢) ينظر النظم (٢/ ٥).

والحريق، لم يقبلْ منه حتى يقيم البينةَ على السبب؛ فإذا أقامَ البيِّنة على السبب، فالقول قولُهُ فى الهلاك مع يمينه، وإنِ ادعاه بسببٍ غير ظاهر أو أطلَقَ؛ فالقولُ قوله مع يمينه مِنْ غير بينة؛ لأنه يتعذَّر إقامة البيِّنة على الهلاك، فالقولُ قولُهُ مع يمينه؛ لأنه أمين؛ فكان القولُ قولَهُ فى تلف الأمانة فى يده كالمودع.

فإن ذكر أنه تلف فى وقت كذا، فشهد شاهدان أنهما رأيا ذلك المالَ فى يده بعد ذلكَ الزمان -ذكر فى «الإيضاح» فيه وجهَيْن:

أحدهما: يلزمه ذلك؛ لأنه بان أنَّه حلف كاذبًا.

والثانى: يُسْأَلُ عن ذلك: فإنِ ادَّعَى وجهًا يسلم معه مع يمينه الماضية، وإلا بَطَلَتْ.

فصل: فإن اشترى الشريكان شيئًا، وقبضاه، ثم تلف -كان الثمن عليهما، فإنْ دفعه أحد الشريكيْن إلى البائع مِنْ ماله - وفى الشركة مال فائضٌ -لم يرجعْ على شريكه بشىء.

وقيل: يرجع.

والأوَّل أظهر؛ لأنه تبرّع به؛ فلم يرجعْ عليه.

فصل: وإن ادعى أحد الشريكين على الآخر خيانة معلومة، مِثْلُ أنْ يقول: أخذتَ من مالِ الشركةِ كذا أو كذا، وأنكر المدَّعَى عليه ذلك، فالقولُ قولُهُ مع يمينه؛ لأنه أمينٌ، والأصلُ عدمُ ما ادعاه عليه من الخيانة.

فصل: وإن كان فى يده عينٌ؛ فادعَى شريكه أن ذلك من مال الشركةِ، وادعَى هو أنه له خاصَّة؛ فالقولُ قولُ الذى هو فى يده مع يمينِهِ؛ لأنَّ الظاهر ممَّا فى يده أنه ملكُهُ.

وإن اشترى شيئًا فيه ربحٌ؛ فادعى الشريكُ أنه اشتراه للشركة، وادعى هو أنه اشتراه لنفسه خاصَّةً، أو اشترى شيئًا فيه خسران، وادعَى الشريكُ أنه اشتراه لنفسه خاصَّةً، وادعى هو أنه اشتراه للشركة؛ فالقولُ قولُ الذى اشتراه مع يمينه؛ لأنه أعرَفُ بقصده ونيته.

فصل: وإن كان بينهما عبدٌ؛ فأذن أحدهما لصاحبه فى بيعه، وقبْضِ ثمنه؛ فباعه بألفٍ، ثم ادعى المشترِى أنه دفع الثمَنَ إلى البائع، وأنكَرَ البائعُ القبْضَ؛ فالقولُ قولُ البائع مع يمينه.

فإن حلف وقبض الألْفَ؛ قسمَتْ بين الشريكين. وإن نكلَ، حلف المشترى وقضى له، وكان على البائع أن يقدِّم للشريك الذى لم يبعْ حصَّته من الثمن؛ لأنَّ يمين المشترى مع نكول البائع كالبيِّنة فى أحد القولَيْن؛ وكالإقرار فى القَوْلِ الآخر.

هذا إذا صدقه الشريك على عدم القبض، أو قال: «لا أعلم»، فأما إذا أقر الشريكُ الذى لم يبعْ: أن البائع قبض الألْفَ من المشترى وادعى المشترى ذلك، وأنكر البائع القبض: فإن المشترى يبرأ مِنْ حِصَّة الشريك الذى لم يبع؛ لأنه أقرَّ أن المشترى سلم حصته من الثمن إلى شريكه بإذْنِهِ؛ فصار كما لو أقرَّ أنه قبض بنفس؛ لأن اعترافَهُ بذلك يتضمَّن براءة ذمَّة المشترى منه.

ولو أبرأ المشترى مِنْ نصيبه، بَرِئَ، فكذلك إذا اعترَفَ بما تضمَّن إقراره، وتبقى الخصومة بين البائع والمشترى وبين الشريكَيْن: فإن تحاكَمَ البائع والمشترى: فإنْ كان للمشترى بينةٌ: شاهدان، أو شاهدٌ وامرأتانِ، أو شاهد واحدٌ وحلف معه -قضى له بالقَبْض. وإن لم يكُنْ من يشهد غير الشريك الذى لم يبعْ: فإنَّ شهادته مردودةٌ فى قبض حِصَّةِ نفسه؛ لأنه يَجُرُّ بها إلى نفسه نفعًا وهو حقّ الرجوع على الشريك البائع بما قبض من حصَّته. وهل تقبل شهادتُهُ فى حصَّة الشريك البائع؟ فيه قولان؛ بناء على أن الشهادة إذا رُدَّتْ فى بعض ما شهد به للتُّهمة هل تردُّ فى الباقى؟ فيه قولان:

فإن قلنا: تُقْبَلُ، حلَفَ معه المشترى، وبرئ.

وإن قلنا: لا تقبَلُ، أو لم يكنْ عدلًا؛ فالقولُ قولُ الشريك البائع مع يمينه: أنه لم يقبضْ.

فإن حلف، أخذ من المشترى نصف الثمن، وليس للشريك الذى لم يبعْ أن يأخذ ممَّا أخذه الشريك البائع شيئًا؛ لأنه أقرَّ أنه قد أخذ الحَقَّ مرَّة، وأن ما أخذه الآن أخذه ظلمًا؛ فلا يجوزُ أن يأخذ منه شيئًا.

وإن نكل الشريكُ البائع، حلف المشترى، فإذا حلف المشترى، برئ، ولو تحاكم الشريكان: فإن كان للشريك الذى لم يبعْ بينةٌ شاهدان، أو شاهد وامرأتان: بأنه قبض الثمن، أو كان له شاهد واحد وحلف معه -رَجَعَ عليه بحصَّته من الثمن، ولم يكنْ له أن يحلفَ مع المشترى وجهًا واحدًا؛ لأنَّ المشترى يشهد على فِعْلِ نفسه؛ فلا تقبلُ شهادته. فإنْ لم يكنْ له بينة، حلف الشريك البائع: أنه لم يقبضْ، وبرئ مِنْ دعواه: فإنْ نكل عن اليمين، ردَّتِ اليمين على الشريكِ الذى لم يبعْ؛

فيحلف ويأخذ منه حصّته من الثمن: فإذا ثبَتَ هذا: فكلُّ موضع: أقام المشترى أو الشريكُ الذى لم يبع: البينةَ بالقبض -ثبَتَ بها على البائع حَقُّ المشترى والشريك، وكلّ موضع: حلف أحدهما مع نكولِ المدعَى عليه القبْضَ - كانتْ يمينه حجةً فى حقه خاصَّةً، ولا يثبتُ بها حقّ الآخر؛ لأنَّ اليمين حجةٌ فى حقّ الحالف لا تدخلها النيابةُ؛ فلم يثبتْ حقُّ أحدهما بيمينِ الآخر.

وإن ادعى الشريكُ البائع أن الشريك الذى لم يبع قبض الألف من المشترى، وادعاه المشترى، وأنكر الشريك الذى لم يبع القبضَ -نظَرْتَ:

فإن كان الشريكُ الذى لم يبع مأذونًا له فى القبض - بَرِئَتْ ذمَّة المشترى من نصيبِ الشريكِ البائع؛ لأنه اعترَفَ أنه سلَّمه إلى شريكه بإذنه وتبقى الخصومةُ بين الشَّريك الذى لم يبعْ وبين المشترى وبين الشريكِ البائع؛ فيكون البائع ههنا كالذى لم يبع، والذى لم يبع كالبائع فى المسألة قَبْلَهَا، وقد بَيَّنَّاهُ.

وإن لم يكنْ واحدٌ منهما مأذونًا له فى القَبْض، لم تبرأ ذمَّة المشترى من شىء من الثمن؛ لأنَّ الذى باعه أقَرَّ بالتسليم إلى مَنْ لم يأذَنْ له فى القبضِ، والذى لم يبعْ أنكر القبض: فإن تحاكم البائع والمشترى، أخذ البائع من المشترى حصته من غير يمين؛ لأنه سلَّمه إلى شريكه بغير إذنِهِ، وإن تحاكم المشترى والذى لم يبعْ: فإنْ كان للمشترى بينةٌ، برئ مِنْ حقِّه، وإن لم يكنْ له مَنْ يشهد غَيْر البائع: فإنْ كان عدلًا، قُبِلَتْ شهادته؛ لأنه لا يجرُّ بهذه الشهادة إلى نفسه نفعًا، ولا يدفع بها ضَرَرًا، فإذا شهد، حَلَف معه المشترى، وبرئ. وإن لم يكنْ عدلًا: فالقولُ قولُ الذى لم يبعْ مع يمينه، فإذا حلف، أخذ منه حقّه.

فصل: وإن كان البائع مأذونًا له فى القبض، والذى لم يبعْ غير مأذونٍ له، وتحاكم البائع والمشترى -قبَضَ البائعُ منه حقَّه من غير يمين؛ لأنَّه سلَّمه إلى شريكه مِنْ غير إذنه؛ فلم يلزمْهُ قبضُهُ، ولا يقبل قوله على القابض؛ لأنه يقرُّ على موكِّله بالقبض، وإقرار الوكيلِ لا يقبلُ على الموكّل. وهل للشريكِ الذى لم يبعْ مشاركَتُهُ فيما أخذه من المشترى إذا حلف أنه لم يقبضْ؟

قال المزنى: له مشاركتُهُ، وهو بالخيار بين أن يأخذ مِنَ المشترى الخمسمائة وبين أن يأخذ من المشترى مائتَيْن وخمسين، ومن الشريك مائتَيْن وخمسين إذا حلف أنه لم يقبضْ، فعلى هذا: إذا رجع الشريكُ الذى لم يبعْ على الشريك الذى باعَ بنصف

ما قبضه - لم يكنْ للشريكِ البائعِ أنْ يرجعَ على المشترى بذلكَ؛ لأنه مقرٌّ بأنه لم يبق على المشترى حقٌّ.

وقال أبو العباس بن سريج: لا يأخذ منه شيئًا؛ لأنَّ الشريك البائع لَمَّا أقرَّ أنَّ الشريك الذى لم يبع قبض حقَّ الثمن -عزل نفسه عن الوَكَالةِ والقَبْض للشريك الذى لم يبعْ؛ لأنه لم يبق للشريك الذى لم يبعْ ما يتوكَّل فى قبضه؛ لأنه يقولُ: لم يبق للشريكِ الذى لم يبعْ عند المشترِى شىء؛ لأنه قبضه مِنه بنفسه، ولا يأخُذُ بعد العَزْل إلا حقَّ نفسه؛ فلا يجوزُ للَّذِى لم يبعْ أن يشارك البائع فيما قبضه من الخمسمائة.

وإن تحاكم المشترِى والشريك الذى لم يبع، وليس له من يشهد غَيْر البائع، وليس بعدل: فالقولُ قولُ الذى لم يبعْ مع يمينِهِ: أنه لم يقبضْ؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ القبض.

فإنْ حلف، أخذ نصيبه، وانفرَدَ به. وإنْ نكَلَ، ردَّت اليمين على المشترى. فإنْ حلف المشترِى؛ قضى له، وإنْ كان للمشترِى بيِّنةٌ: شاهدان، أو شاهدٌ وامرأتان، أو شاهدٌ واحدٌ وحلف معه -: قضى له بذلك، وبرئ، ورجع المشترى عليه بنصْفِ الألف؛ لأنَّ قبضه لا يلزمُ البائع. وإنْ لم يكنْ له من يشهد إلا البائع، وهو عدلٌ -لم تقبلْ شهادته على قولِ المزنى؛ لأنه يدفع بهذه الشهادةِ عن نفسه ضررًا، وهو رجوعُ الشريك الذى لم يبعْ عليه بنصف ما فى يده.

وعلى قول أبى العباس: تقبَلُ شهادته قولًا واحدًا؛ لأنه لا يجرُّ بهذه الشهادة لولى نفسه نفعًا، ولا يدفع بها عنه ضررًا؛ لأنه لا رجوعَ له عليه.

فصل: إذا باع رجلان مِنْ رجلٍ عبدًا لهما كان لكلِّ واحدٍ منهما قبض نصيبه مِنَ الثمنِ دون نصيبِ شريكِهِ، وإذا قبض نصيبه، لم يشاركْهُ الآخر فيه؛ لأنَّه ليس بوكيلِ الآخر فى قبض حقِّه، ويخالف الشريكَيْن إذا أَذِنَ كلُّ واحد منهما لصاحبه فى قَبْض نصيبِهِ؛ لأنَّ هناك: كلّ واحد منهما وكيلٌ للآخر؛ فكان المقبوض بينهما.

فصل: إذا باع أحد الشريكَيْن، وذكر أنه قبضَ الثمن، وتلف فى يده، وأنكر الشريك الآخر ذلك؛ فهل يقبلُ قولُ الشريكِ البائع فى ذلك مع يمينِهِ؟ فيه قولان يأتى ذِكْرُهما فى الوَكَالة إذا أقرَّ الوكيل بقبض الثمنِ من المشترِى - إن شاء الله، وبه الثقة.

فإن قلنا: يقبل قوله؛ فحلف، ثم خرج المبيع مستحقًا؛ فرجع المشترِى على

الشريكِ البائع بالثمنِ.

قال أبو العباس بنُ سريج: لا يرجعُ الشريك البائع على شريكه الذى لم يبعْ؛ لأن ذلك يؤدى إلى أنْ يستحقَّ عليه الرجوع بقوله مع يمينه، قيل: وفيه نظر؛ لأنه ثبت بيمينه قبض الثمن، وتلفه، والرجوع ثبت بسبب آخر، وهو أنَّه نائبٌ عنه فى البيع؛ وهذا كما نقولُ فى النسب: إنه لا يثبت بشهادة النساءِ، وإذا شهدن بالولادة فى الفراش، ثبتت الولادة والنسب.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولكل واحد من الشريكين أن يعزل نفسه عن التصرف إذا شاء؛ لأنه وكيل، وله أن يعزل شريكه عن التصرف فى نصيبه؛ لأنه وكيله فيملك عزله، فإذا انعزل أحدهما، لم ينعزلِ الآخر عن التصرف؛ لأنهما وكيلان، فلا ينعزل أحدهما بعزل الآخر.

فإن قال أحدهما: فسخت الشركة، انعزلا جميعًا؛ لأن الفسخ يقتضى رفع العقد من الجانبين، فانعزلا.

وإن ماتا، أو أحدهما: انفسخت الشركة؛ لأنه عقد جائز، فبطل بالموت؛ كالوديعة.

وإن جُنَّا، أو أحدهما، أو أغمى عليهما، أو على أحدهما - بطل؛ لأنه بالجنون والإغماء؛ يخرج عن أن يكون من أهل التصرف، ولهذا تثبت الولاية عليه فى المال، فبطل العقد، كما لو مات. والله أعلم.

(الشرح) الأحكام: لكلِّ واحد من الشريكَيْن فى الشركة الصحيحة: أن يفسخَ الشركةَ متَى شاء؛ لأنَّها من العقود الجائزة؛ فجاز لكلِّ واحد منهما فسخها متَى شاء؛ كالوكالة، ولكلِّ واحد من الشريكَين أن يعزل نفسَهُ عن التصرُّف إذا شاء؛ لأنه وكيلٌ، وله أن يعزلَ شريكه عَنِ التصرُّف فى نصيبه؛ لأنه وكيلُهُ؛ فملك عزله. وإذا عزَلَ أحدهما نفسه؛ جاز له التصرُّف فى نصيب نفسه دون نصيب صاحبه، وجاز لصاحبه التصرُّف فى نصيبِ نفسه، ونصيبِ الذى عزَلَ نفسه. وإن عزَلَ أحدهما صاحبه؛ انعزَلَ، وجاز له التصرُّف فى نصيب نفسه دون نصيبِ صاحبِهِ، وجاز للذى عَزَلَهُ التصرُّف فى جميع المالِ؛ لأنَّ عزل أحدهما بذلك؛ لا يقتضِى عَزْلَ الآخر؛ لأنَّهما وكيلان؛ فلا ينعزلُ أحدهما بعَزْلِ الآخر. وإنْ قال أحدهما: فسخْتُ الشركة، انعزلا

جميعًا، ومنع كلّ واحد منهما عن التصرُّف فى نصيب صاحبه دون نصيبِ نفسه؛ لأنَّ الفسخ يقتضى رفْعَ العقد من الجانبَيْن؛ فانعزلا جميعًا، ولهما الخيار فى قِسْمة المالِ، وتركه على حاله؛ لأنه بينهما، فإنِ اتفقا على القِسْمة والبيع، جاز. وإن قال أحدهما: أنا أَبِيعُ جميعَ المال، وأجعله ناضًا، وامتنع الآخر -لَمْ يكن له أن يبيع؛ لأن كلّ واحد من الشريكَيْن حقُّه فى العروض كحقِّه فى الناضّ؛ فلا معنًى للبيع، ولأن ابتداء الشركة قد يقعُ فى العروض؛ فجاز أن يتفاضلا، ورأسُ المال عروضٌ.

ويخالف القراضَ إذا فسخ، والمال عروضٌ حيث قلنا: للعامل أن يبيع عند الاختلاف؛ لأنَّ حق العامل فى الربح، والربحُ يحصلُ بالبيع؛ فأجبر الآخر عليه، وههنا: ما حصلَ من ربح يستدركه كلُّ واحد منهما فى نفسه؛ فلم يجبر الآخر عليه، ولأنَّ ابتداء القراض لا يقع فى العروض؛ فكذلك انتهاء حكمه لا يكونُ، والمالُ عروض.

فصل: فإنْ فسخت الشركة، وهناك ديونٌ من مالٍ للشركةِ على غرماء؛ فاتفقا أن يكونَ لكلّ واحد منهما ما على بَعْض الغرماء -لم يصحَّ ذلك؛ لأنه بيعُ دينٍ بدَيْن؛ فلم يصحَّ لما مضَى بيانه فى موضعِهِ.

فصل: وإنْ ماتا أو أَحَدُهما، انفسختِ الشركةُ؛ لأنَّه عقد جائز؛ فبطَلَ بالموت؛ كالوديعة. فإن لم يكُنْ على الميِّت دينٌ: فإنْ كان الوارثُ رشيدًا، قام مقام الموروث: فإنِ اختار الشركة، أذن كلّ واحدٍ منهما لصاحبه فى التصرُّف، وإن اختار القِسْمة، اقتسما، وإن كان الوارثُ غَيْرَ رشيد؛ فعل وليُّه ما فيه المصلحة مِنَ القِسْمة، أو الشركة: فإن كان حظ المولى عليه فى القِسْمة؛ قسم، وإن كان حظه فى الإقامة على الشركة، أقام عليها باستحداثِ عقد الشركة.

وإن كان على الميِّت دينٌ، تعلّق الدَّيْن بالتركَة، ولم يكن للوارث أن يأذنَ للشريك فى التصرُّف؛ لأن مال الميِّت كالمرهون، وعقد الشركة على المرهونِ لا يجوزُ.

فإن قضى الدَّيْن من غير التركة، أو من التركة وبقى منها شىء، جاز له الشركة عليه: بأن يأذن كلُّ واحد منهما للآخر فى التصرُّف، أو يأذن أحدهما للآخر فى التصرُّف دون الآخر: فإن كان قد وصَّى بثلث مال الشركة، أو بثلث ماله، وعَيَّنها فى مال الشركة: فإنْ كان الموصًى له معينًا، كان الموصًى له كالوارث فى الإذنِ للآخر

فى التصرُّف وفى المطالبة بالقِسْمة، وإن كان الموصًى له غيرَ معين؛ كالفقراء والمساكين -وجَبَ عزْلُ الموصًى به، وتفرقته فيهم.

فصل: وإنْ جُنَّ الشريكان، أو أحدهما، أو أغمى عليهما، أو على أحدهما، أو حجر عليهما؛ لسفه، أو على أحدهما -: بَطَلَتِ الشركةُ؛ لأنَّه بالجنون والإغماء يخرجُ عن أن يكون من أَهْلِ التصرُّف؛ ولهذا ثبتَتِ الولايةُ عليه فى المال؛ فبطَلَ العقد؛ كما لو مات.

* * *

الشركات العصرية

إن من الأمور التى لا تحتاج فى إثباتها إلى نقاش، بل هى من المسلمات والبدهيات، المعلومة لكل أحد مهما كان علمه ومهما كانت ثقافته - أن الحياة فى العصر الحاضر قد تعقدت أضعاف المرات عما كانت عليه فى الماضى.

وقد انبنى على هذا التعقد فى الحياة العامة أن تزايدت معها متطلبات الأفراد، من مستشفيات، ومدارس، وملاجئ، وسبل مواصلات... إلخ.

وهذه الاحتياجات التى يتطلبها الفرد وأصبحت من أساسيات حياته، بحيث لا يستطيع الاستغناء عنها ألبتة - هذه الاحتياجات لا يستطيع الأفراد توفيرها والتغلب عليها، إذا ظل كل منهم يعمل منعزلًا عن غيره، بل كان ولابد أن تتضافر الجهود ويتحد الأفراد ليكونوا جماعات يستطيعون من خلالها توفير هذه الاحتياجات.

ومن هنا أصبح عقد الشركة من أهم الأمور التى تفرض نفسها على الساحة العملية منذ قديم الزمان، وتزداد أهميته تباعًا وباستمرار مع تقدم الحياة، وتعقد أسبابها.

حتى لقد أصبحت الشركات تحتل فى الوقت الحاضر - كما يقرر الدكتور يوسف عبد الفتاح المرصفى - المكانة الأولى فى توجيه الاقتصاد القومى، الأمر الذى يتصل كل الاتصال بمصالح الناس، ويستوجب الاهتمام بتشريعات الشركات؛ محافظة على الصالح العام؛ على أن تكون فى إطار إسلامى، وليس فى وضع الشركات فى إطار إسلامى ما يعوقها عن أداء وظائفها[1].

وقد وجدنا القوانين الحديثة اهتمت بتقنين عقد الشركة، ووضعت له الضوابط والمعايير التى تحاول أن تحقق الفائدة المرجوة منه، نضرب مثلًا لذلك من القانون المدنى حيث استقر الأمر على التقنين المدنى الحالى لعقد الشركة، وهو بدوره كان مسبوقًا بتقنين آخر، وفى ذلك يقول الدكتور عبد الرزاق السنهورى:

لم يكن التقنين المدنى السابق مقلا فى النصوص التى خصصها لعقد الشركة، ولكن كان يعوزه الترتيب، وينقصه بعض الأحكام الأساسية، وقد جاءت بعض أحكامه مبهمة فى حاجة إلى الإيضاح، أو معيبة فى حاجة إلى التعديل، أو مسهبة فى

---

(١) ينظر الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون للدكتور/ يوسف عبد الفتاح يوسف المرصفى (رسالة ماجستير محفوظة بمكتبة جامعة القاهرة ص (١٥٤) .

حاجة إلى الإيجاز؛ فقد عقد بابًا للشركة، قسمه إلى فصلين: نظم فى الفصل الأول منهما عقد الشركة، فعرفها، وأورد الأحكام المتعلقة بحصص الشركاء وكيفية تقسيم الربح والخسارة، ثم أورد الأحكام المتعلقة بإدارة الشركة، فالأحكام المتعلقة بانقضائها.

ونظم فى الفصل الثانى تصفية الشركة وقسمة أموالها بين الشركاء، وحقوق دائنى الشركة، وحقوق الدائنين الشخصيين للشركاء، وحق الاسترداد عند بيع الحصة الشائعة. فجاء ترتيب الأحكام غير خال من الاضطراب.

هذا إلى أن هناك أحكامًا كثيرة لم يذكرها التقنين السابق فتلافى التقنين الجديد هذا النقص.

وقد عنى التقنين المدنى الجديد بعقد الشركة ليس فحسب لأن الشركات المدنية قد زادت أهميتها فى الوقت الحاضر؛ بل أيضًا لأن النصوص المتعلقة بالشركة المدنية تعتبر نصوصًا أساسية للشركات المدنية والتجارية جميعًا، فتسرى هذه النصوص على الشركات التجارية ما لم تتعارض مع النصوص الخاصة الواردة فى التقنين التجارى فى خصوص هذه الشركات.

فعرف التقنين المدنى الجديد عقد الشركة، واعتبرها بمجرد تكوينها شخصًا معنويًا. ثم قسم النصوص الباقية إلى أقسام خمسة:

١ - أركان الشركة.

٢ - إدارة الشركة.

٣ - آثار الشركة بالنسبة إلى الشركاء.

٤ - طرق انقضاء الشركة.

٥ - تصفية أموال الشركة.

ففى أركان الشركة، أوجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وأورد الأحكام المتعلقة بحصص الشركاء سواء كانت هذه الحصص مبالغ من النقود أو حقوقًا ملكية أو حقوقًا عينية أخرى أو ديونًا أو عملًا، وبين كيف يتقاسم الشركاء الربح أو الخسارة.

وفى إدارة الشركة، حدد سلطة الشريك المنتدب للإدارة سواء كان هذا الشريك واحدًا أو متعددًا، وحدد سلطة المدير غير الشريك، وبين حقوق الشركاء غير

المديرين.

وفى آثار الشركة بالنسبة إلى الشركاء، بين كيف تنقضى الشركة بانقضاء مدتها أو بانتهاء عملها أو بهلاك مالها أو بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه أو انسحابه، أو بطلب أحد الشركاء حل الشركة، ومتى يجوز فصل الشريك، ومتى يجوز إخراج الشريك نفسه من الشركة.

وفى تصفية أموال الشركة، بين من يقوم بالتصفية، وحدد سلطة المصفى، وذكر كيف تقسم أموال الشركة بين الشركاء بعد التصفية وسداد الديون. وأحال فى قسمة الشركات على القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع.

وقد بينت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مزايا التقنين الجديد فى تنظيمه لعقد الشركة فى عبارة مفصلة، نكتفى هنا بنقلها:

حرص المشرع فى عرضه لقواعد الشركة على أن يتبع ترتيبًا أقرب إلى المنطق من الترتيب الذى جرى عليه التقنين الحالى (السابق)، فهو يستعرض أحكامها فى ستة أقسام تتناول الأحكام العامة وأركان عقد الشركة وإدارتها وآثارها فيما بين الشركاء وبالنسبة للغير، وطرق انتهائها وأخيرًا تصفيتها ثم قسمة الأموال. وقد وجد المشرع هنا - أيضًا - السبيل واسعًا إلى التنقيح، فأضاف نصوصًا جديدة، وحذف نصوصًا لا فائدة منها، وعدل أحكامًا معيبة أو مبهمة، وأضاف نصوصًا جديدة فى تقرير الشخصية القانونية للشركات، وإجراءات نشرها، ووجوب توفر الشكل الكتابى فى عقد الشركة، وحصة الشريك إذا لم تكن إلا عملًا أو ديونًا فى ذمة الغير، واحتساب الأغلبية العددية، وتحديد حقوق الدائنين الشخصيين للشركاء.

كذلك فيما يتعلق بطرق انقضاء الشركة، أضاف المشرع نصوصًا جديدة فى امتداد الشركة، وهلاك الشىء، ووفاة أحد الشركاء أو انسحابه أو فصله.

أما فيما يتعلق بتصفية الشركات وقسمتها؛ فإن المشرع أدخل تجديدًا مهمًا، فهو - خلافًا للتقنين الحالى (السابق) - لا يعرض فى باب الشركة إلا لتصفية الشركات وقسمة أموالها بين الشركاء.

أما القواعد العامة للقسمة، فقد أوردها فى باب الملكية على الشيوع، وقد تكلم فى تصفية الشركة على انتهاء سلطة المديرين، وبقاء شخصية الشركة، وتعيين المصفى، وتحديد سلطاته، وقسمة الصافى من أموال الشركة على الشركاء، وحذف

نصوصًا لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة، دون أن تكون فى ذكرها فائدة، من ذلك تعيين الحصة وبيان نوعها ووجوب حصرها إذا كانت شاملة لكل أموال الشريك (م٤٢٢/ ٥١٤ مدنى سابق)، وزمان الوفاء بالحصة (م ٤٢٣/ ٥١٥ مدنى سابق)، وإحلال الشريك غيره محله فى الشركة (م٤٤٢/ ٥٣٩ مدنى سابق)، وعدم الإخلال بما هو منصوص عليه فى قانون التجارة فيما يتعلق بمواد الشركات التجارية (م ٤٤٧/ ٥٤٤ مدنى سابق).

وعدل أحكامًا معيبة، وحدد أحكامًا مبهمة وأوجز فى أحكام مسهبة، من ذلك تعريفه لعقد الشركة تعريفًا يبرز عناصرها وخصائصها الأساسية، وتحديده لحصص الشركاء وافتراض تساويها فى القيمة وعدم جواز اقتصارها على ما يكون للشركاء من نفوذ أو على ما يتمتعون به من ثقة مالية، وإلزام الشريك الذى يقدم حصته مبلغًا من النقود من وقت استحقاقه بحكم القانون ودون حاجة إلى إنذار، وبالتعويض التكميلى عند الاقتضاء حتى لو كان حسن النية.

ومن ذلك أيضًا: ضمان الشريك لحصته إذا كانت مالًا أو مجرد الانتفاع به، ونصيب الشريك الذى يقدم حصته عملًا من أرباح الشركة، وتحديد سلطات المديرين وحقوقهم، وحقوق الشركاء غير المديرين، وتحديد درجة العناية الواجب على الشريك بذلها فى رعاية مصالح الشركة، وبيان طرق انقضاء الشركة، وتقييد سلطة المصفى فى بيع موجودات الشركة[1].

وكما اهتمت القوانين المحدثة بالشركات المدنية، اهتمت كذلك بالشركات التجارية، إلا أن النصوص القانونية التى تتعلق بالشركات المدنية هى فى الوقت نفسه نصوص للشركات التجارية أيضًا.

فكل ما جاء من نصوص قانونية فى الشركات المدنية فهو سار على الشركات التجارية، ما لم يرد نص خاص بالشركات التجارية يتعارض مع النص الوارد فى الشركات المدنية، وفى هذا الصدد تقول المادة ١٩ من التقنين التجارى: «وتتبع فى هذه الشركات (التجارية) الأصول العمومية المبينة فى القانون المدنى والشروط المتفق عليها بين الشركاء والقواعد الآتية» (أى قواعد التقنين التجارى) وكانت المادة

(١) ينظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للسنهورى ص (٢٣٩ - ٢٤٣) .

٥٤٤/٤٤٧ من التقنين المدنى السابق تنص على أنه: «تتبع هذه القواعد (المدنية) فى كافة الشركات، مع عدم الإخلال بما هو منصوص فى قانون التجارة فيما يتعلق بمواد الشركات التجارية».

وهناك الكثير من المراجع التى اهتمت بعقد الشركة، منها مثلًا كتاب: الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور عبد الرزاق السنهورى، وكتاب القانون التجارى للدكتور حسنى المصرى، وكتاب: الحصة بالعمل بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى للدكتور السيد على السيد وكتاب الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون؛ للدكتور يوسف عبد الفتاح يوسف المرصفى، وهذه الكتب الأربعة هى عمدة المراجع التى اعتمدنا عليها فى هذا البحث، حيث أفدنا منها كثيرًا جدًا، واعتمدنا على أولها فى نقل النصوص القانونية، وبالإضافة إلى هذه الكتب أورد الدكتور السنهورى عدة مراجع منها:

بودرى وفال فى الشركة والقرض والوديعة طبعة ثالثة سنة ١٩٠٧ - أوبرى ورو وبارتان وإسمان ٦ طبعة سادسة سنة ١٩٥١ - بيدان ١٢ طبعة ثانية سنة ١٩٤٧ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ طبعة ثانية سنة ١٩٥٤ - هيمار Hemard فى بطلان الشركات الواقعية طبعة ثانية سنة ١٩١٦ - إسكارا (Escarra) فى القانون التجارى سنة ١٩٥٤ - ريبير فى القانون التجارى طبعة ثانية سنة ١٩٥١ - ليون كان ورينو (Lyon Caen et Renault) فى القانون التجارى طبعة خامسة جزء ٢ فى الشركات - فورننييه وبلانشيه (Fournier et blancher)، فى النظام القانونى والضرائبى للشركات المدنية سنة ١٩٥٣ - أندريه مورو (Andre Moreau) فى الشركات المدنية ونظمها القانونية والضرائبية سنة ١٩٥٤ - بيتروسكا (Petrusca) فى الشركات المدنية فى القانونى المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - بلانيول وريبير وبولانجيه الطبعة الثالثة جزء ٢ - كولان وكابيتان ودلامور انديير الطبعة التاسعة جزء ٢ - جوسران الطبعة الثانية جزء ٢ - انسيكلوبيدى داللوز جزء ٥ لفظ (Societe civile).

الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة جزء ٢ سنة ١٩٥٢ - الأستاذ حسن على الذنون فى العقود المسماة بغداد سنة ١٩٥٤ .

هذا، وسنقوم بتقسيم هذا البحث إلى خمسة فصول كالتالى:

الفصل الأول: التعريف القانونى لعقد الشركة وأنواعها.

الفصل الثانى: أركان الشركة.

الفصل الثالث: إدارة الشركة.

الفصل الرابع: الواجبات والحقوق المترتبة على وجود الشركة.

الفصل الخامس: انقضاء الشركة وتصفيتها.

* * *

الفصل الأول

التعريف القانونى للشركة وأنواعها

ويتكون هذا الفصل من مبحثين:

المبحث الأول: التعريف القانونى للشركة.

المبحث الثانى: أنوع الشركات.

أولا - التعريف القانونى للشركة:

للشركة فى القانون الوضعى معنيان:

فهى بالمعنى الأول العقد Contrat الذى بمقتضاه يتفق شخصان أو أكثر على أن يضعوا أموالهم معًا بغرض اقتسام الأرباح الناجمة عن استغلالها. ويعد العقد - بهذا المعنى - العمل المنشئ للشركة.

وهى بالمعنى الثانى الشخص القانونى Personne Juridique أو الشخص المعنوى Personne Morale الذى خصصت له تلك الأموال ويعتمد على أهليته القانونية فى العمل باسم جماعة الشركاء وفى إطار مصلحتها.

وفى اللغة الدارجة يستخدم اصطلاح (الشركة) للتعبير به - بصفة أساسية - عن الشخص المعنوى بينما يستخدم اصطلاح (عقد الشركة) للتعبير به عن العمل المنشئ لها أو عن نظامها[(١)].

وقد نصت المادة ٥٠٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى، بتقديم حصة من مال أو عمل؛ لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة».

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤١٩/ ٥١١ والتى تنص على أن الشركة عقد بين اثنين أو أكثر يلتزم به كل من المتعاقدين وضع حصة فى رأس المال لأجل عمل مشترك بينهم وتقسيم الأرباح التى تنشأ عنه بينهم.

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى الموازنة بين هذا التعريف للشركة والتعريف الوارد فى المادة ٥٠٥ من التقنين المدنى الجديد ما يأتى: «يتميز

---

(١) ينظر القانون التجارى لحسنى المصرى ص (١٤).

هذا التعريف (تعريف التقنين الجديد) عن تعريف التقنين المصرى (السابق) بأنه يبرز عناصر الشركة وخصائصها الأساسية، فيذكر أنها تكوين رأس مال مشترك من مجموع حصص الشركاء بقصد تحقيق غرض اقتصادى. وهو بذلك يميز الشركة عن الجمعية التى يقصد بها عادة تحقيق غايات اجتماعية أو أدبية أو غيرها من الأغراض العامة التى لا شأن لها بالكسب المادى.

على أنه لما كانت بعض الجمعيات - دون أن تقوم بعمليات صناعية أو تجارية، ودون أن توزع أرباحًا بين أعضائها - تسعى إلى تحقيق غرض اقتصادى، كالجمعية الزراعية الملكية واتحاد الصناعات - فإن المشروع يبين فى التعريف السابق أنّ الغرض من الشركة هو استغلال رأس المال للحصول على ما يدره من الأرباح وتوزيعها بين الشركاء.

والواقع أن الفقه والقضاء جريا على أن توزيع الأرباح الناتجة عن العمل المشترك هو القصد الأساسى من قيام الشركة، كما أضاف المشروع عبارة: (اقتسام الخسائر المحتملة) ؛ لأن النية فى الاشتراك والتعاون عن طريق قبول أخطار معينة واقتسام الخسائر التى قد تنتج عن العمل المشترك هى من صلب عقد الشركة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٣٠٢).

ويقابل المادة ٥٠٥ من التقنين المدنى الجديد فى التقنيات المدنية العربية الأخرى ما يلى:

فى التقنين المدنى السورى م٧٣ وهى مطابقة للمادة ٥٠٥ .

وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٩٤ وهى موافقة للمادة ٥٠٥ إلا أنه قد ذكر فيها عبارة (مشروع اقتصادى) بدلًا من عبارة (مشروع مالى)، ولم يذكر فيها اقتسام الخسائر.

وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٢٦ وهى موافقة للمادة ٥٠٥ إلا أنها قد ذكر فيها عبارة (مشروع اقتصادى) بدلًا من عبارة (مشروع مالى) كما ورد ذلك فى التقنين المدنى الليبى.

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٤ والذى ينص على أن الشركة عقد متبادل بمقتضاه يشترك شخصان أو عدة أشخاص فى شىء بقصد أن يقتسموا ما ينتج عنه من الربح، والتعريف فى مجموعه موافق لتعريف التقنين المصرى.

ويمكن استخلاص مقومات الشركة من هذا التعريف الوارد فى نص المادة ٥٠٥ من التقنين المدنى المصرى فى أن الشركة عقد؛ ومن ثم يستلزم اشتراك شخصين أو أكثر يساهم فيه كل من الشركاء بحصة فى رأس مال الشركة؛ بنية الاشتراك والتعاون عن طريق قبول أخطار معينة، ومع مساهمة كل شريك فى الأرباح والخسائر.

ويشرح الدكتور السنهورى هذه المقومات قائلًا:

الشركة عقد: فالشركة عقد مسمى، ويقتضى كونها عقدًا أن تكون لها أركان العقد المعتادة: التراضى والمحل والسبب، وسيأتى بيان ذلك.

ولا بد من أن يشترك أكثر من شخص واحد فى الشركة، شأنها فى ذلك شأن أى عقد آخر. إلا أن الشركة تختلف عن العقود الأخرى: كالبيع والإيجار فى أن أطراف العقد فيها - وهم الشركاء - مصالحهم بعد تكوين الشركة متحدة غير متعارضة. ومن ثم قسمت العقود إلى عقد ذاتى (contrat subjectif) واتفاق منظم (convention institutionelle).

فالعقد الذاتى هو اتفاق بين شخصين لهما مصلحتان متعارضتان، وتكون الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليهما. مثال ذلك عقد البيع، نرى فيه تعارضًا بين مصلحة البائع ومصلحة المشترى، والرابطة بين المتعاقدين ذاتية مقصورة عليهما، وهى لا تلبث أن تزول فى أهم مشتملاتها بانتقال ملكية المبيع إلى المشترى.

أما الاتفاق المنظم: كالشركة، فعلى النقيض من العقد الذاتى يوجد مركزًا قانونيًا منظمًا (statut, institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد؛ فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين، ولا تعارض ما بين مصالح الشركاء فى الشركة، بل لهم جميعًا غرض مشترك.

على أن التمييز بين العقد الذاتى والاتفاق المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح. فهناك من العقود الذاتية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية كعقد الإيجار، وقد يجاوز أثر هذه الرابطة غير المتعاقدين كالمشترى للعين المؤجرة. كذلك الوكالة، وهى عقد ذاتى، يجاوز أثرها هى - أيضًا - المتعاقدين إلى الغير الذى يتعامل مع الوكيل. ومن جهة أخرى نرى الشركاء فى الشركة، وهى اتفاق منظم، لهم مصالح متعارضة عند تكوين الشركة؛ إذ كل شريك يريد أن يعطى للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز بأكبر ربح ممكن. ومن ثم ندرك السبب فى أن تقسيم العقد إلى

عقد ذاتى واتفاق منظم وجعل الشركة اتفاقًا منظمًا لا عقدًا ذاتيًا، هو تقسيم ابتدعه ديجيه فى الفقه الإدارى، لم يسد فى الفقه المدنى.

على أنه من الممكن القول: إن الشركة فى مرحلة تكوينها تشترك مع سائر العقود فى خصائصها، ولكنها بعد التكوين تصبح أقرب إلى نظام منها إلى عقد ذاتى، لاسيما بعد أن تضفى الشخصية المعنوية على هذا النظام مقومات تفصله عن الشركاء بذواتهم[١].

وهذا المفهوم العقدى (Conception contractuelle) للشركة - كما يقول الدكتور حسنى المصرى - كان مستقرا خلال القرن التاسع عشر حيث ساد مبدأ سلطان الإرادة الذى كان يحكم سائر العقود ومنها الشركة، وحيث بلغ النظام الرأسمالى الحر أوج مجده وجسد أساسه فى مبدأ «دعه يعمل دعه يمر»، وهو المبدأ الذى يرسم حدود اختصاص الدولة كدولة حارسة تنحصر وظيفتها فى تنظيم الجيش والبوليس والعدالة، دون أن تتجاوز ذلك إلى التدخل فى العلاقات الاقتصادية للأفراد.

بيد أن التجربة ما لبثت أن كشفت عن مثالب النظام الرأسمالى؛ حيث أدى هذا النظام إلى وقوع الأزمات الاقتصادية نتيجة لعشوائية المبادرة الفردية، والإفراط فى الإنتاج، ورفع الأسعار، وتسريح العمال، وظهور البطالة، وحدوث التضخم؛ مما اضطر المشرع إلى التدخل لمعالجة هذه المثالب بفرض القيود على الحرية الاقتصادية، ومن ثم الحرية التعاقدية، وذلك بقواعد قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. ولقد شمل هذا التدخل مجال الشركات، وبالذات شركات المساهمة؛ لما لها من أهمية اقتصادية كبرى ونفوذ قوى، كانت تضعف أمامه الحكومات والأفراد، وهو ما أوجب على المشرع إخضاعها لرقابة الدولة.

ولما حصل ذلك تراجع مبدأ سلطان الإرادة، وتسرب الشك فى استمرار المفهوم العقدى للشركة، أى الذى بمقتضاه تعد الشركة «عقدا»، حيث لم يعد العقد هو أساس وجود الشركة وعماد حياتها؛ وإنما أصبح من اللازم تأسيسها وفقًا لإرادة المشرع، ومباشرة نشاطها فى ظل القواعد التى وضعها لذلك، وهى قواعد آمرة كما

---

(١) ينظر الوسيط للسنهورى ص (٢١٧ - ٢٢٠) .

قدمنا، ومن ثم تعين النظر إلى الشركة ليس باعتبارها عقدا بل باعتبارها «نظاما»، وهو ما يعرف بالمفهوم النظامى Conception institutionnelle للشركة.

ويستند هذا المفهوم إلى اعتبارات قانونية يصعب إنكارها، من ذلك أنه على فرض كفاية عقد الشركة لقيامها بين الشركاء، فإنه لا يكفى للاحتجاج بوجودها: فى مواجهة الغير؛ حيث يلزم لذلك اتخاذ إجراءات الشهر «القانونى»، وهو الشهر المقرر لحماية الغير. كما أن الشركة لا تفقد شخصيتها المعنوية بمجرد انقضائها، وإنما تستمر هذه الشخصية بنص «القانون» بالقدر اللازم لأعمال التصفية، وهى فترة تالية بالضرورة لانقضاء الشركة وانتهاء عقدها. وفضلًا عن هذا فإن بعض الشركات - وأخصها شركة المساهمة - لا تكتسب شخصيتها المعنوية أصلًا، ولا يجوز لها أن تبدأ أعمالها إلا بعد صدور ترخيص بتأسيسها من السلطة المختصة، وشهر هذا الترخيص وعقدها ونظامها بالسجل التجارى؛ مما يصعب معه القول بأن عقد الشركة هو العمل المنشئ لها أو بأنها تقوم على عمل إرادى هو العقد.

وأخيرًا فبينما تقوم فكرة العقد على التوفيق بين المصالح المتعارضة: كمصالح البائع والمشترى، أو المؤجر والمستأجر، أو العامل ورب العمل - فإن فكرة الشركة تقوم على تآلف الشركاء حيث يأكلون الخبز (الأرباح)، والملح (الخسائر) معًا.

على أننا لا نسلم - مع ذلك - بأن فكرة «العقد» قد توارت تمامًا أمام فكرة «النظام» أو بأن فكرة النظام قد ألغت فكرة العقد كأساس للشركة؛ إذ لا تزال لفكرة العقد أهميتها؛ لأن العقد - فى جميع الفروض - هو الذى يجسد اتفاق الشركاء على دخولهم فى الشركة، وتحمل مخاطر المشروع الذى تنشأ من أجله.

فالعقد - إذن - وإن لم يكن كافيًا لوجود الشركة ومباشرة نشاطها، فإنه يكون لازما - بالأقل - لتحريك فكرة النظام.

ودليل ذلك: أن فكرة النظام - أى: إعمال القواعد القانونية الآمرة فى القانون - لا تتحرك من فراغ، وإنما تتحرك بظهور العقد.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى: فإن فكرة النظام لا تبدو بنفس القوة فى كل الأحوال، بل أحيانا تغلبها فكرة العقد:

ففى شركات الأموال، حيث التدخل المستمر من جانب المشرع فى تأسيسها ونشاطها، تقوى فكرة النظام، وتضعف فكرة العقد.

ويختلف الحال فى شركات الأشخاص، حيث يترك المشرع مجالًا أكبر للحرية التعاقدية للشركاء؛ اعتبارًا لضآلة رءوس الأموال المستخدمة فى هذه الشركات وعدم خطورتها كثيرًا بالنسبة للدولة والاقتصاد القومى والادخار العام؛ لذا ففى هذه الشركات تقوى فكرة العقد على حساب فكرة النظام.

وقصارى القول: أن فكرة العقد لا تزال تجد لها مكانًا إلى جوار فكرة النظام، وأن الفكرتين تختلفان قوة وضعفا باختلاف نوع الشركة؛ وينبنى على ذلك أن الاهتمام بدراسة «عقد الشركة» يجب أن يكون بقدر الاهتمام بدراسة «نظام الشركة» حسبما يعالجه القانون[١].

هذا عن أول مقومات الشركة - وهى كونها عقدًا - أما عن باقى مقوماتها، فيقول الدكتور السنهورى:

مساهمة كل شريك بحصة فى رأس مال الشركة:

فلابد أن يساهم كل شريك بحصة فى رأس مال الشركة، وهذه الحصة هى التى تحدد عادة نصيبه فى أرباح الشركة وفى خسائرها؛ وهذا لا يمنع، بعد تحديد حصة الشريك فى رأس المال، من أن يتبرع له سائر الشركاء بهذه الحصة فيعفونه من الوفاء بها، وتتضمن الشركة فى هذه الحالة هبة مكشوفة أو مستورة على حسب الأحوال، وسيأتى بيان ذلك.

أما الشركة التى لا يحدد فيها لكل شريك حصته من رأس المال، سواء التزم الشريك بالوفاء بها كما يقع عادة أو تبرع له بها سائر الشركاء كما يقع نادرًا - فإنها تكون شركة باطلة.

والحصة قد تكون نقودًا أو أوراقًا مالية أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو عملًا أو اسمًا تجاريًّا أو شهادة اختراع أو دينًا فى ذمة الغير، وكل ما يصلح أن يكون محلا للالتزام يصلح أن يكون حصة فى الشركة، وبديهى أنه ليس من الضرورى أن تكون حصص الشركاء متساوية فى القيمة، أو متجانسة فى النوع.

وتضم حصص الشركاء بعضها إلى بعض؛ فيتكون من مجموعها رأس مال الشركة (le capital social)، ورأس المال هذا يقوم بذاته مستقلًا عن أموال كل

(١) ينظر القانون التجارى ص (١٥ - ١٧) .

شريك، وهو الذى يستثمر لتوزيع أرباحه أو خسائره على الشركاء.

يقول الدكتور يوسف عبد الفتاح يوسف المرصفى: يتفق الفقه الإسلامى مع القانون على أن وسيلة الاشتراك - الحصص - يجوز أن تكون مالا أو عملا، ولا يجيز الفقه الإسلامى: أن تكون الحصة دينا للشريك فى ذمة الغير، ولا مالا غائبًا[١].

بينما أجاز القانون ذلك كما سبق.

وكذلك اختلف فقهاؤنا فى جواز أن تكون الحصة التى يقدمها الشريك عروضًا:

فالأحناف: لا يجيزونها، وأجازها مالك، كما أجازها الشافعية فى المتقوم من العروض. وأما الحنابلة ففى المذهب عنهم روايتان:

الأولى: أن الشركة لا تصح بالعروض.

والثانية: أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض، ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد[٢].

وأما شركة الأعمال والصنائع فى الفقه الإسلامى، فإنه لا تدخل النقود فى رأس مالها، وإنما تقتصر الحصص على ما يقدمه الشركاء من عمل. على أن هذه الشركة - أى شركة الأعمال والصنائع، أو شركة الأبدان - مختلف فى صحتها:

فأجازها الحنفية، حيث أجازوا الاشتراك على عمل ما: كالخياطة أو القصارة أو غير ذلك، على أن ما رزق الله من الأجرة يكون بين الشركاء.

ثم اختلف الحنفية فيما بينهم، حيث أجاز أبو حنيفة وصاحباه هذه الشركة مطلقا سواء اتفقت صنعة الشركاء أو اختلفت، بينما أجازها زفر بشرط اتفاق الصنعة أما الشافعية فقد أنكروا هذه الشركة.

وأما الحنابلة والمالكية فقد اتفقوا مع زفر على إجازة هذه الشركة بشرط اتفاق العمل[٣].

وأما بالنسبة للخلاف القائم فى الفقه الوضعى والقضاء حول جواز اعتبار النفوذ الذى يتمتع به رجل سياسى أو موظف عمومى - حصة أم لا؟ فقد أجاز الفقه

---

(١) ينظر الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون ص (١٥٥).

(٢) ينظر السابق ص (٦٧).

(٣) ينظر السابق ص (٧٠).

الإسلامى فى شركة الوجوه أن تكون حصة الشريك ما يتمتع به من ثقة لدى الناس.
ويقول الدكتور يوسف المرصفى: ونحن نرى أن الثقة المالية للسمعة التجارية، يجوز اعتبارها حصة يتقدم بها الشريك إذا اقترنت بعمل يقوم به[١].

نية الاشتراك والتعاون عن طريق قبول أخطار معينة:

وهذا عنصر نفسى من مقومات الشركة. فلا يكفى لقيام شركة أن يكون هناك مال مشترك بين عدد من الأشخاص يستغلونه جميعًا بحسب طبيعته؛ فالشيوع يتحقق فيه هذا الوصف، وليس بشركة.

وليس الفرق ما بين الشركة والشيوع - كما كان يقال - أن الشركة عقد والشيوع غير عقد؛ فالشيوع قد يكون مصدره العقد كالشركة، ولكن الشيوع، سواء كان مصدره العقد أو الميراث أو غير ذلك، مال مشترك لشركاء فى الشيوع يستغلونه بحسب طبيعته. فإن كان دارًا أو أرضًا سكنوها أو زرعوها أو أجروها، وإن كان نقودًا أو أوراقًا مالية استولوا على فوائدها، وإن كان منقولًا أجروه أو انتفعوا به بحسب طبيعته.

أما الشركة فلا بد فيها من أن تكون عند الشركاء نية الاشتراك فى نشاط ذى تبعة، يأملون من ورائه الربح، ولكن قد يعود عليهم بالخسارة، ولا يقتصرون على مجرد استثمار مال مشترك بحسب طبيعته كما هى الحال فى الشيوع.

ونية الاشتراك فى نشاط ذى تبعة هى التى يطلق عليها عبارة (aectio societatis) أى: نية تكوين شركة، أو إرادة كل شريك فى أن يتعاون مع الشركاء الآخرين فى نشاط ينطوى على قدر من المخاطرة.

ووجود هذه النية عند الشركاء يدل عليه بوجه خاص طبيعة النشاط الذى اشتركوا فيه، وهو مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع.

مساهمة كل شريك فى الأرباح والخسائر:

ويستتبع وجود نية الاشتراك فى نشاط ذى تبعة يعود على الشركاء بالربح أو بالخسارة، أن يساهم كل شريك فى تبعة هذا النشاط، فيتقاسم الشركاء الأرباح، ويوزعون فيما بينهم الخسائر. فإذا أعفى أحد الشركاء من تحمل الخسائر مع

---

(١) ينظر السابق ص (١٥٥).

مقاسمته للأرباح، أو حرم من مقاسمته للأرباح مع تحمله للخسائر، كانت الشركة شركة الأسد (societe leonine)، وكانت باطلة. وفى هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ٥١٥ مدنى: «إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها، كان عقد الشركة باطلا»، وسيأتى تفصيل ذلك.

كذلك إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم لا فى الأرباح ولا فى الخسائر، بل يقتصر على استرداد حصته بعد انقضاء الشركة، فإن هذا لا يكون شريكًا، بل يكون قد قدم مالا للشركة على سبيل القرض دون فائدة أو على سبيل العارية تبعًا لطبيعة هذا المال[١].

وكذلك من صور التعاقدات التى لا يتوفر فيها مقوم مساهمة كل شريك فى الأرباح والخسائر ما جاء فى بعض المراجع من أنه إذا اتفق شخصان أو أكثر على تكوين رأس مال يساهمون فيه، على أن يستأثر كل منهم بدوره بالانتفاع برأس المال مدة معينة - فالعقد ليس بشركة؛ إذ لا مساهمة فى أرباح أو فى خسائر، وهذا ما يسمى بقرض الائتمان المؤجل pret a credit diere.

وإذا تألفت هيئة من المؤلفين الموسيقيين بغرض الحصول على حق كل عضو فيها قبل الغير عن أعماله الموسيقية مع خصم جزء لقاء النفقات - فإن هذه الهيئة لا تكون شركة وإن أسمت نفسها بذلك؛ لأنها لم تجمع حصصًا من الشركاء بغرض تقسيم الربح والخسارة عليهم، بل هى وكيلة عن أعضائها فى الحصول على حقوقهم.

وقد أنكرت محكمة الاستئناف المختلطة على هذه الهيئة الشخصية المعنوية، فمنعتها من أن تتقاضى باسمها، وإنما يتقاضى الوكيل العام للهيئة بصفته وكيلًا عن كل مؤلف موسيقى بالذات (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٣م ١٥ ص ٣٢٤) وكان من الممكن أن يكون للهيئة شخصية معنوية، لا باعتبارها شركة بل باعتبارها جمعية.

يقول الدكتور السنهورى: وهذه المساهمة فى الأرباح وفى الخسائر هى التى تخرج من يقدم مالًا لتاجر - على أن يشترك معه فى الربح دون الخسارة - عن أن يكون شريكًا، وإنما يكون مقرضا أقرض التاجر المال بفائدة تتفاوت بتفاوت

---

(١) ينظر الوسيط للسنهورى ص (٢٢٠ - ٢٢٣).

الأرباح، ومن ثم يجب أن تسرى أحكام القرض؛ فلا تزيد الفوائد فى أية حال على ٧٪ (١).

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رسا على مقاول مزاد إنشاء بناء، وتعاقد معه آخر بعقد وصف بأنه شركة، وكان من شروطه أن يصرف ذلك الآخر على العملية من ماله، وأن يسترد جميع ما صرفه سالمًا مهما كانت نتيجة العملية، ويستولى على ربح محقق يقدر بفائدة مئوية بالنسبة إلى قيمة مرسى المزاد بصرف النظر عما يصرفه فعلًا، وقام المقاول بمباشرة العمل - كان هذا العقد فى حقيقته مُخفيًا لقرض وليس بشركة.

ولا يغير من هذه الحقيقة احتفاظ المقرض بحق شراء المهمات والإشراف على أبواب الإنفاق، وذلك بوساطة مندوب يتحمل المقاول مرتبه (استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤٣م المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٤٤).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كانت حصة الشريك عينًا نقل ملكيتها إلى الشركة مقابل مبلغ معين يستولى عليه عند تصفية الشركة، ويستولى على فوائده ما دامت الشركة باقية دون أن يشارك فى الخسارة؛ فالعقد ليس بشركة والشريك ليس إلا بائعًا للعين (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص١٤٤).

وإعمالًا لمبدأ المساهمة فى الأرباح والخسائر يخرج العمال الذين يتقاضون فوق أجورهم نصيبًا من أرباح المصنع الذى يعملون فيه، عن أن يكونوا شركاء لصاحب المصنع؛ فهم يشاركونه فى الربح ولا يتحملون معه الخسارة.

والنصيب من أرباح المصنع الذى يمنح للعامل يعتبر جزءًا من أجرته؛ فلا يخرج العامل عن أن يكون أجيرًا تسرى عليه أحكام عقد العمل؛ فيجوز فصله، ويستحق التعويض المقرر، ولا يشارك فى إدارة المصنع، ولا يطلب حسابًا عن هذه الإدارة، ولا يكون مسئولًا عن ديون المصنع.

وقد نصت المادة ٨٤٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «إن إشراك المستخدمين أو ممثلى الأشخاص المعنويين أو الشركات فى جزء من الأرباح، كأجر كلى أو جزئى يعطى لهم لما يقومون به من الخدمات - لا يكفى

---

(١) ينظر السابق ص (٢٢٣).

لمنحهم صفة الشريك».

وإذا خصصت شركة ما عمولة لشخص لتوزيع منتجاتها، فاستخدم هذا الشخص شخصًا آخر لتوزيع هذه المنتجات فى أحد الأقاليم مقابل جزء من العمولة - لم يكن العقد بين هذين الشخصين شركة، وإذا استخدم شخص آخر فى تقسيم أرضه وبيعها مقسمة فى نظير نسبة معينة من الثمن، لم يكن هذا العقد شركة؛ بل هو عقد مقاولة (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠١).

وليس من الضرورى أن تكون أرباح الشركة نقودًا، بل يصح أن تكون مالًا من نوع آخر.

فقد تتكون شركة، وتستغل رأس مالها فى بناء عمارات ذات طبقات، تخصص لكل شريك طبقة يسكنها.

وقد تتكون شركة، وتجعل رأس مالها آلات زراعية، ينتفع بها كل من الشركاء على نظام تحدده الشركة.

بل قد يكون الربح هو مجرد توقى خسارة مادية محتملة، كما إذا تأسست شركة من حاملى سندات شركة أخرى بقصد الدفاع عن مصالح حاملى هذه السندات والحيلولة دون هبوط أسعار السندات، بل إن جمعيات التعاون تهدف إلى تحقيق أرباحها عن طريق توفير أرباح الوسطاء؛ فيكون ربح الشريك فى هذه الجمعيات هو شراء السلعة بثمن أرخص أو إنتاجها بتكاليف أقل أو اقتراض النقود بسعر منخفض (انظر بلانيول وريبير وليبارفيير ١١ فقرة ٩٨٣ ص ٢٤١ - ص ٢٤٢)[١].

على أن جمعيات التعاون تخضع لقوانين خاصة، ولا تدخل ضمن الشركات المدنية، بل ضمن الجمعيات (انظر فى هذا المعنى فورنييه فى الجمعيات المدنية ص١٥).

إلى هذا الحد نكون قد استطعنا أن نضع أيدينا على المقومات الأساسية للشركة متمثلة فى أربع مقومات هى:

أولًا: الشركة عقد، ويتجاذب مفهوم العقدية فيها مع مفهوم النظام على النحو الذى أوضحناه من قبل.

---

(١) ينظر السابق ص (٢٢٤، ٢٢٥).

ثانيًا: كون الشركة عقدًا يقتضى أنها تقوم على اتفاق بين شخصين أو مجموعة أشخاص.

ثالثًا: أساس الشركة قائم على مبدأ التعاون بين الشركاء.

رابعًا: لا بد لكى يتحقق مفهوم الشركة أن يساهم كل شريك فى الربح والخسارة.

وإلى جانب هذه المقومات للشركة نجدها تتسم بعدة خصائص يبينها لنا الدكتور السنهورى، بقوله:

عقد الشركة عقد شكلى (solennel)، وهو من العقود الملزمة للجانبين (synallagmatique)، ومن عقود المعاوضة (a titre onereux)، ومن العقود المحددة (commutatif).

فالشركة عقد شكلى؛ لأنها لا تنعقد إلا بالكتابة، وتقول المادة ٥٠٧ فى هذا الصدد: «يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبًا، وإلا كان باطلا» وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى شكل الشركة.

وهى عقد من العقود الملزمة لجميع أطرافها، فكل شريك يلتزم نحو الشركة، والشركة تلتزم نحو كل شريك بالتزامات معينة سيأتى بيانها.

ويسبق تكوين الشركة عقد ما بين الشركاء يتفقون فيه على تكوين الشركة، ففى هذا الاتفاق يلتزم الشركاء بعضهم نحو بعض.

وهى من عقود المعاوضة، وقد قدمنا أن كل شريك يقدم حصة فى رأس المال، ويستولى فى نظير تقديمه لهذه الحصة على نصيبه فى أرباح الشركة إذا كانت هناك أرباح.

ويصح أن تتضمن الشركة تبرعًا مكشوفًا أو تبرعًا مستترًا أو تبرعًا غير مباشر:

تتضمن تبرعًا مكشوفًا إذا تبرع سائر الشركاء لأحدهم بحصته، فأعفوه من تقديمها بعد تحديدها على النحو الذى قدمناه، ويكون التبرع مكشوفًا إذا ظهر من عقد الشركة أن الشريك أعفى من تقديم حصته. وفى هذه الحالة يجب أن تستوفى الهبة شكلها فتكون فى عقد رسمى، وإلا كانت باطلة، وألزم الشريك بدفع حصته.

وقد يتضمن عقد الشركة تبرعًا مستترًا، إذا ذكر فى العقد أن الشريك قد دفع حصته، ويكون فى الحقيقة قد أعفى من دفعها، وفى هذه الحالة تكون الهبة مستترة

تحت اسم عقد الشركة؛ فلا تستلزم الرسمية شأن كل هبة مستترة.

وقد يتضمن عقد الشركة هبة غير مباشرة إذا أعطى الشريك نصيبًا فى الأرباح أكبر من حصته فى الشركة؛ فيكون ما زاد من الأرباح هبة غير مباشرة، ولا تستوجب الرسمية.

والشركة عقد محدد، وليست بعقد احتمالى. وقد يتوهم أنها عقد احتمالى؛ من احتمال أن يساهم الشريك فى خسائر الشركة إذا خسرت بدلًا من أن تربح. ولكن العقد يكون محددًا إذا كان المتعاقد يعرف وقت العقد قدر ما يعطى وقدر ما يأخذ، والشريك يعرف ذلك، فهو يعطى حصته من رأس المال، ويساهم فى نصيب معين من الأرباح إذا وجدت، وهذا كاف لجعل العقد محددًا.

أما احتمال الخسارة فلا يجعل عقد الشركة عقدًا احتماليًا، وإلا كان عقد إيجار أرض زراعية عقدًا احتماليًا؛ لاحتمال أن تقل قيمة المحصول عن أجرة الأرض.

اشتباه عقد الشركة بعقود أخرى:

بعد أن حددنا مقومات عقد الشركة وبينا خصائص هذا العقد، أصبح من المتيسر أن نميز عقد الشركة عن غيره من العقود التى يشتبه بها.

فقد يشتبه عقد الشركة بعقد البيع فيما إذا اتفق المؤلف والناشر على أن يتقاضى المؤلف نسبة معينة من أرباح النشر فى مقابل حقه فى التأليف. فإذا كان الناشر هو الذى قام بنفقات نشر الكتاب، وهو وحده الذى يتحمل خسائره المحتملة، فإن ربح شاركه المؤلف فى ربحه بنسبة معين - فالعقد بيع لا شركة؛ ذلك أن المؤلف فى هذه الحالة لا يساهم فى الخسائر، فهو قد باع مؤلفه بثمن يزيد أو ينقص بحسب الأرباح التى يحصل عليها الناشر.

أما إذا اشترك المؤلف مع الناشر فى نفقات النشر، واتفقا على المساهمة فى الأرباح والخسائر، فالعقد شركة.

ويكون شركة - أيضًا - إذا قام الناشر بتقديم نفقات النشر على أن يستردها أولًا مما يحصل عليه من بيع الكتاب، ثم يتقاسم بعد ذلك مع المؤلف ما يزيد على النفقات بنسبة معينة.

وإذا نزل صاحب المتجر عن متجره لشخص آخر، على أن يأخذ منه نسبة معينة من الأرباح دون أن يشاركه فى الخسارة، فالعقد بيع لا شركة.

ويشتبه عقد الإيجار فى المزارعة بعقد الشركة، فإذا أعطى صاحب الأرض الزراعية أو صاحب الأرض المغروسة بالأشجار الأرض مزارعة لشخص آخر فى مقابل أخذ صاحب الأرض نسبة معينة من المحصول - كان العقد مزارعة، أى إيجارًا لا شركة؛ ذلك أن صاحب الأرض يأخذ أجرة أرضه نسبة من المحصول، فإذا كان المزارع قد لحقته خسارة فصاحب الأرض لا يساهم فيها، وقد رأينا أن الشريك يجب أن يساهم فى الربح وفى الخسارة.

ومن ثم ألحق المشرع عقد المزارعة بعقد الإيجار (المواد ٦١٩ - ٦٢٧ مدنى)، وذكر صراحة فى المادة ٦٢٠مدنى أن أحكام الإيجار تسرى على المزارعة.

ويشتبه عقد العمل بعقد الشركة فيما قدمنا من أن العامل لو كان يأخذ، بالإضافة إلى أجره نصيبًا معينًا من الأرباح، فالعقد عقد عمل لا عقد شركة؛ لأن العامل لا يشارك صاحب العمل فى الخسارة، ولا يشارك فى إدارة العمل، ولا يكون مسئولا عن ديون صاحب العمل.

ويشتبه عقد الوكالة بعقد الشركة فيما إذا فوض الدائن شخصًا أن يقبض حقه من المدين فى مقابل نسبة معينة من الدين، فالعقد وكالة مأجورة لا شركة؛ لأن الوكيل لا يشارك الدائن فى الخسارة إذا لم يقبض الدين، بل هو يأخذ أجرًا على وكالته نسبة معينة من الدين.

ويشتبه عقد القرض بعقد الشركة فيما إذا أعطى شخص مالًا إلى تاجر على أن يشاركه فى الأرباح، فالعقد هنا قرض؛ لأن المقرض لا يساهم فى الخسارة، وقد قدمنا أنه إنما أقرض التاجر المال بفائدة تتفاوت بتفاوت الأرباح، ومن ثم يجب أن تسرى أحكام القرض فلا تزيد الفوائد فى أية حال على ٧٪[١].

* * *

(١) ينظر الوسيط للسنهورى ص (٢٢٥ - ٢٢٩) .

المبحث الثانى
أنواع الشركات

بينا فى بداية هذا البحث أن التطور الحضارى الذى تشهده البشرية جيلا بعد جيل قد أدى إلى زيادة الأغراض التى تهدف الجماعات لتحقيقها وكان من وراء التطور الاقتصادى وتقدم الصناعة أن قامت الشركات الكبيرة وتعددت أنواعها وأشكالها.

وتتدرج الجماعات من ناحية الأغراض التى تقوم على تحقيقها، من أغراض غير مادية إلى أغراض مادية على النحو الآتى:

أولا: الجمعيات والمؤسسات، وتلحق بها جمعيات التعاون والنقابات، وهذه تحقق أغراضًا مختلفة، ولكنها تشترك جميعًا فى أنها أغراض لا يدخل فيها الحصول على ربح مادى.

ثانيًا: الشركات المدنية، وهذه جماعات تقوم بمشروعات مالية للحصول على ربح مادى، ولكن المشروعات المالية التى تقوم بها لا تدخل فى أعمال التجارة المذكورة على سبيل الحصر فى التقنين التجارى.

ثالثًا: الشركات التجارية، وهذه جماعات تقوم بمشروعات مالية للحصول على ربح مادى: كالشركات المدنية، ولكن المشروعات التى تقوم بها - على خلاف المشروعات التى تقوم بها الشركات المدنية - تدخل فى أعمال التجارة.

رابعًا: الشركات المدنية ذات الشكل التجارى، وهذه شركات مدنية تقوم بمشروعات لا تدخل فى أعمال التجارة، ولكنها تتخذ الشكل التجارى لدعم نظامها وتيسير نشاطها.

ومما تجدر الإشارة إليه: أن هذا التقسيم للشركات، إنما جاء تبعًا للتطور الكبير فى الحياة - كما أشرنا منذ قليل - أما فى الفقه الإسلامى: فالنظم المالية واحدة، لا فرق بين معاملات مدنية وأخرى تجارية، وتبعًا لذلك فليس فى الفقه الإسلامى شركات مدنية وأخرى تجارية[1]. وقد عرضنا لأنواع الشركات فى الفقه الإسلامى فى شرحنا لكلام المصنف قبل الخوض فى هذا البحث. وههنا نعرض لأنواع الشركات فى القانون، فنقول:

---

(١) ينظر الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون ص (٥٢) .

أولا: الجمعيات والمؤسسات وجمعيات التعاون والنقابات:

وقد تناول التقنين المدنى الجديد تنظيم الجمعيات والمؤسسات، فالجمعية جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو اعتبارية؛ لغرض غير الحصول على ربح مادى (م ٥٤ مدنى).

وتتدرج أغراض الجمعيات من أغراض خيرية محضة، إلى أغراض نفعية تعود بالفائدة على أعضائها، ولكن هذه الفائدة ليست ربحًا ماديًا.

وهذا هو - أيضًا - شأن المؤسسات، فالمؤسسة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأى عمل من أعمال البر أو النفع العام، دون قصد إلى ربح مادى (م٦٩ مدنى). وتختلف المؤسسة عن الجمعية فى أن المؤسسة تنشأ بتخصيص مال للغرض المقصود وتحقيقه، أما الجمعية فتنشأ باجتماع جماعة من الناس لتحقيق الغرض المقصود، هذا إلى أن المؤسسة تخضع لنظام أدق ولرقابة أشد.

والأغراض التى تقوم الجمعيات والمؤسسات على تحقيقها متنوعة كما قدمنا:

فقد تكون أغراضًا ذات صفة إنسانية لا يقصد بها إلا البر والنفع العام: كجمعيات الإسعاف، والهلال الأحمر، والصليب الأحمر، والرفق بالحيوان.

وقد تكون أغراضًا دينية: كجمعيات تحفيظ القرآن، ونحوها.

وقد تكون أغراضًا اقتصادية: كالجمعية الزراعية.

وقد تكون أغراضًا اجتماعية: كجمعية الاتحاد النسائى، وجمعيات الخدمة الاجتماعية.

وقد تكون أغراضًا علمية: كجمعية الاقتصاد والتشريع، وجمعيات التأليف والترجمة والنشر، وجمعيات الدراسات التاريخية والجغرافية والاجتماعية، وجمعيات مكافحة الأمراض المختلفة.

وقد تكون أغراضًا فنية: كجمعيات الأدب، والشعر.

وقد تكون أغراضًا رياضية: كنوادى الألعاب الرياضية ونحوها.

وقد تكون غير ذلك من الأعمال التى لا يقصد بها الحصول على ربح مادى: كالنوادى السياسية، والنوادى الاجتماعية.

وقد تجمع الجمعيةُ الواحدة غرضين أو أكثر من هذه الأغراض.

وهذه الأغراض - كما ترى - منها ما هو ذو صفة إنسانية بارزة لا يقصد به إلا البر والنفع العام، ومنها أغراض نفعية تعود بالفائدة المعنوية أو المادية على أعضاء الجمعية، ولكنها فائدة لا يدخل فيها الربح المادى.

ويلحق بالجمعيات والمؤسسات جمعيات التعاون والنقابات المختلفة.

وجمعيات التعاون تتميز بأنها جمعيات تقوم على أغراض نفعية تعود بفوائد مادية على أعضائها، ويتركز تحقيق هذه الأغراض فى التعاون.

وتتنوع ضروب التعاون:

فهناك تعاون فى الاستهلاك، يعين المتعاونين فى الحصول على السلع بأسعار رخيصة.

وهناك تعاون فى الإنتاج، يعين المتعاونين فى الحصول على أدوات الإنتاج: كالآلات الزراعية، والسماد، والبذرة، ونحوها.

وهناك التعاون فى الائتمان، يعين المتعاونين فى الحصول على قروض.

وهناك التعاون فى التأمين، يتمثل فى جمعيات التأمين التعاونية.

وجمعيات التعاون كثيرة منتشرة فى مصر: كجمعيات التعاون المنزلى، والتعاون الزراعى، والتعاون الاقتصادى، والتعاون الصناعى، والمصارف التعاونية، والتأمين التعاونى.

ولجمعيات التعاون قوانين خاصة تنظمها بما يتفق مع طبيعة كل نوع من أنواع هذه الجمعيات وأغراضها.

أما النقابات فهى جماعات تضم كل جماعة منها أبناء الحرفة الواحدة ينتظمون فى نقابة للدفاع عن مصالح هذه الحرفة، ولتنظيم العمل فيها، وللسعى فى إصلاح شئونها: كنقابة المحامين، ونقابة الأطباء، ونقابة المهندسين، وغيرها، وكل نقابة ينظمها قانون خاص.

وأهم النقابات من الناحية الاقتصادية والناحية السياسية هى نقابات العمال؛ فقد أصبحت قوات ضخمة فى داخل الدول تنظم شئون العمل، وتدافع عن مصالح العمال، وتنظم هذه النقابات - أيضًا - قوانين خاصة[(١)].

(١) ينظر الوسيط ص (٢٢٩ - ٢٣٢).

تنبيه: ذكرنا أن جمعيات التأليف والترجمة والنشر، وما شابهها إنما تقوم لتحقيق أغراض علمية لا مادية، شأنها فى ذلك شأن سائر الجمعيات والمؤسسات وجمعيات التعاون والنقابات التى تهدف لتحقيق أغراض معنية بعيدة عن الربح المادى، إلا أن هذه الجمعيات إذا قصدت أن تحقق ربحًا ماديًّا من وراء عملها كانت شركات مدنية، فإذا اتخذت شكلًا تجاريًّا كانت شركات مدنية ذات شكل تجارى. ويجوز لجمعية النشر، إذا كانت تقصد إلى الربح المادى فتصبح بذلك شركة مدنية، أن تقسم رأس مالها إلى حصص أو أسهم دون أن تتخذ الشكل التجارى. ولكن ذلك لا يقصر مسئولية الشركاء عن ديون الشركاء على قيمة الأسهم التى يحملها كل شريك، بل يكون كل شريك مسئولا فى ماله الخاص عن ديون الشركة بنسبة ما يحمل من الأسهم (انظر فى هذا المعنى فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٧ ص٢٤ - ص٢٥ وفقرة ٥٣).

ثانيًا - الشركات المدنية:

الشركات المدنية قائمة أساسًا لغرض معين الهدف منه الحصول على ربح مادى. لكن ما تقوم به هذه الشركات من مشاريع لا تندرج ضمن أعمال التجارة، وهى الأعمال المحصورة فى المادة الثانية من التقنين التجارى، مثل شراء البضائع والسلع؛ لبيعها أو تأجيرها، وعقود المقاولة المتعلقة بالمصنوعات والتجارة والنقل البرى والبحرى، وعقود التوريد، ومعاملات المصارف، والأعمال المتعلقة بالكمبيالات والسندات والصرافة والسمسرة، والمقاولات المتعلقة بإنشاء مبان متى كان المقاول متعهدًا بتوريد الأدوات، والأعمال المتعلقة بالسفن من إنشاء أو شراء أو بيع أو إيجار أو إقراض أو تأمين أو استخدام للبحريين.

فإذا خرج عمل عن الأعمال التى عددها النص أعمالا تجارية، كان هذا العمل مدنيًّا، وإذا قامت شركة بهذا العمل كانت شركة مدنية[1].

ومن هنا كان من الأهمية بمكان التفرقة بين الشركات المدنية والشركات التجارية: فهذه الأخيرة هى التى تكتسب صفة التاجر فتخضع لالتزامات التجار وقواعد الشركات التجارية خصوصًا، فضلا عن خضوعها لقواعد القانون التجارى

---

(١) ينظر السابق ص (٢٣٣).

عمومًا.

أما الشركات المدنية، فتخضع لقواعد القانون المدنى فى كل ما يتعلق بالتقادم والاختصاص القضائى والإثبات وسعر الفائدة والنفاذ المعجل والمهلة القضائية.

كذلك تختلف الشركات المدنية عن الشركات التجارية من حيث المسئولية التضامنية والشخصية وغير المحدودة: فالتضامن لا يقوم بين الشركاء فى الشركات المدنية إلا إذا وجد نص أو اتفاق مخالف، بعكس الحال فى الشركات التجارية التى تقوم على تضامن الشركاء، ومن جهة أخرى يُسْأل الشركاء فى الشركات المدنية مسئولية شخصية وغير محدودة، على خلاف الشركاء فى الشركات التجارية التى تقوم على فكرة تحديد المسئولية.

وتعتمد التفرقة بين الشركات المدنية والشركات التجارية على معيارين هما المعيار الموضوعى Critere objectif والمعيار الشكلى Critere formel ووفقًا للمعيار الموضوعى - وهو المعيار الذى يأخذ به القانون المصرى - تعتبر الشركة تجارية إذا كان غرضها أو موضوعها تجاريًا، وتطبيقًا لذلك تعتبر الشركات التى تنشأ لمباشرة نشاط تجارى: كالشراء لأجل البيع أو التأجير... إلخ هذه الأنشطة التى ذكرناها فيما سبق قريبًا - شركات تجارية.

بينما تعتبر الشركات مدنية متى كان غرضها أو موضوعها مدنيًا: كشركات الاستغلال الزراعى، والشركات العقارية، وشركات الصيد، وشركات المحامين والأطباء والمهندسين والمحاسبين، وغير ذلك من الشركات التى تباشر الأعمال الاستخراجية والمهن الحرة.

وواضح من ذلك أن المعيار الموضوعى لتجارية الشركة لا يعول على شكلها، وإنما يعول على موضوعها أو غرضها.

وقد اختلف الرأى حول صفة الشركة التى تباشر نشاطًا تجاريًا ونشاطًا مدنيًا فى آن معًا، فذهب البعض إلى أن العبرة تكون بصفة النشاط الرئيسى، فإذا كان هو النشاط التجارى كانت الشركة تجارية، وإذا كان هو النشاط المدنى كانت الشركة مدنية. بينما يذهب رأى آخر إلى اعتبار الشركة - فى هذه الحالة - تجارية؛ لثبوت الصفة التجارية لجانب من نشاطها.

أما المعيار الشكلى فيعتبر الشركة تجارية متى اتخذت شكلا تجاريًا من الأشكال

الستة والمعدودة فى القانون التجارى وقانون الشركات، وهى شركة التضامن، والتوصية البسيطة، والمحاصة والمساهمة، والتوصية بالأسهم، وذات المسئولية المحدودة.

فإذا اتخذت الشركة هذا الشكل، كانت شركة تجارية بغض النظر عن طبيعة موضوعها أو غرضها، أى: سواء كانت تباشر نشاطًا تجاريًّا أو مدنيًّا.

وتطبيقًا لذلك تعتبر الشركات المدنية المشار إليها شركات تجارية متى اتخذت شكلا تجاريًّا؛ لذا يتميز المعيار الشكلى عن المعيار الموضوعى بأنه أوسع من المعيار الأخير؛ لأنه يضفى التجارية على شركات يعتبرها المعيار الموضوعى شركات مدنية(١).

لذلك يميل بعض الباحثين إلى المعيار الشكلى، ويفضلونه على المعيار الموضوعى، من هؤلاء - على سبيل المثال لا الحصر - د: محمود مختار بريرى، د. أبو زيد رضوان، حيث يقرران - فيما يتعلق بفرنسا - أن الجدل حول الخيار بين المعيار الموضوعى والمعيار الشكلى قد فقد أهميته الآن بعد أن حسم المشرع الفرنسى الموقف لصالح المعيار الشكلى.

ولقد أخذت بالمعيار الشكلى بعض القوانين العربية الحديثة من ذلك قانون التجارة الكويتى، حيث قضت المادة ١٦/ ٢ منه على أن «تعتبر تاجرًا كل شركة تجارية؛ أى: كل شركة تباشر نشاطًا تجاريًّا»، وكل شركة تتخذ الشكل التجارى، ولو كانت تزاول أعمالا غير تجارية.

ويعنى هذا النص أن المشرع الكويتى قد اعتنق المعيار الشكلى إلى جانب المعيار الموضوعى.

كذلك يمكن القول بأن المشرع فى دولة الإمارات العربية المتحدة قد أخذ بالمعيار الشكلى، بل وتقيد به تقيدًا شديدًا؛ فقد قضت المادة الثانية من قانون الشركات التجارية للإمارات بأن «تسرى أحكام هذا القانون على الشركات التجارية التى تؤسس فى الدولة»، ثم قضت المادة الخامسة بأنه «يجب أن تتخذ الشركة التى تؤسس فى الدولة أحد الأشكال (التجارية»)، ونصت المادة السادسة على أن «كل

---

(١) ينظر القانون التجارى ص (١٧ - ٢٠).

شركة لا تتخذ أحد الأشكال المشار إليها فى المادة السابقة تعتبر باطلة».

وعلى ذلك تكون الشركة تجارية متى اتخذت شكلا من الأشكال التجارية المعدودة فى هذا القانون، سواء كانت تباشر نشاطًا مدنيًا أو نشاطًا تجاريًا؛ لكن يلاحظ مع النصوص المذكورة أن الشركة، ولو كانت تجارية بحسب موضوعها أو غرضها، لا تكون شركة صحيحة إلا متى اتخذت شكلا تجاريًا.

وفى فرنسا تبنى المشرع المعيارين الموضوعى والشكلى، فقد قضت المادة الأولى (الفقرة الأولى) من قانون الشركات التجارية الفرنسى الصادر فى ٢٤ يوليو ١٩٦٦م بأن «يحدد الطابع التجارى للشركة وفقًا لشكلها أو موضوعها»، كما قضت نفس المادة (الفقرة الثانية) بأن «تعتبر تجارية بسبب شكلها، وأيًا كان موضوعها: شركات التضامن، وشركات التوصية البسيطة، والشركات ذات المسئولية المحدودة، وشركات الأسهم (وهى شركات المساهمة والتوصية بالأسهم»).

ويستثنى المشرع الفرنسى شركات المحاصة من المعيار الشكلى؛ إذ لم يذكرها بين الشركات التجارية المعدودة فى النص المذكور ومن ثم فلا تكون شركات المحاصة الفرنسية تجارية إلا متى كانت تباشر نشاطًا تجاريًا.

ويظهر مما تقدم أن القوانين الحديثة تعتمد - بوجه عام يسمح ببعض التفاوت بينها - على المعيارين الموضوعى والشكلى لتجارية الشركات؛ مما يوسع من دائرة تطبيق القانون التجارى وقانون الشركات، على خلاف الحال بالنسبة للقانون المصرى حيث يقتصر على المعيار الموضوعى.

كذلك يفضل المعيار الشكلى المعيار الموضوعى؛ لأنه يتغلب على صعوبة التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية، ولا سيما أن اعتماد المعيار الشكلى ينهى الجدل حول مدى تجارية الشركة التى تباشر نشاطًا مركبًا une activite complexe، وهى الشركة التى تنشأ لأغراض تجارية وأغراض مدنية فى وقت واحد كنشاط استيراد مواد البناء من أجل البيع فضلا عن تقسيم الأراضى[(١)].

هذا ما ذهب إليه الدكتور حسنى المصرى، ويبين لنا الدكتور السنهورى أن أهم الأعمال المدنية هى الأعمال المتعلقة بالعقارات وبالمحصولات الزراعية وبالمناجم

---

(١) ينظر السابق ص (٢٠، ٢١).

وبالمقاولات الخاصة بالأراضى، وبالأعمال الفنية والعلمية والرياضية؛ إذا قصد منها تحقيق ربح مادى.

ومن ثم تكون الشركات التى تقوم بشراء الأراضى وبيعها واستغلالها، وببناء الدور وبيعها واستغلالها - شركات مدنية، وكذلك الشركات التى تجمع الأراضى والعقارات من أصحابها لاستغلالها وتوزيع أرباحها على الأعضاء.

وتعد شركات مدنية - أيضًا - الشركات التى تقوم باستغلال المناجم وحفر الترع، ولكن هذه الشركات تتخذ عادة الشكل التجارى، والشركات التى تقوم بأعمال فنية أو علمية مأجورة قصد توزيع الربح على الأعضاء: كشركات التمثيل والغناء وإدارات المدارس ودور النشر والصحف والمجلات - كل هذه تعتبر شركات مدنية[١].

ويمكن تكوين شركة مدنية؛ لاستغلال آلات زراعية أو تربية مواش. كما يمكن تكوين شركة مدنية بين مهندسين أو أطباء أو محاسبين أو خبراء أو معلمين أو موسيقيين أو مغنين أو ممثلين أو خياطين أو غيرهم ممن يباشرون أعمالًا لا تعتبر أعمالا تجارية، ويقرب من ذلك شركة تقبل الأعمال فى الفقه الإسلامى.

وتعتبر شركات مدنية الشركات المكونة لتوريد المياه للمدن أو لاستغلال المياه المعدنية.

ثالثًا: الشركات التجارية:

حاولنا فيما سبق التمييز بين كل من الشركات التجارية والشركات المدنية، وتظهر أهمية هذا التمييز فى مسائل منها:

أولاً: شكل الشركات التجارية وإجراءات تكوينها تختلف عنها فى الشركات المدنية.

ثانيًا: فى الشركة المدنية الشريك مسئول عن ديون الشركة حتى فى ماله الخاص، ولكن من غير تضامن، أما فى الشركة التجارية فتارة يكون مسئولا فى ماله الخاص بالتضامن، وتارة يكون مسئولا فى حدود الأسهم التى يحملها.

ثالثًا: موت الشريك أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه أو انسحابه من الشركة

---

(١) ينظر الوسيط ص (٢٣٣، ٢٣٤).

المدنية يَفُضُّهَا، ولا يقع ذلك غالبًا فى الشركة التجارية.

رابعًا: الشركة المدنية تخضع للقضاء المدنى، والشركة التجارية تخضع للقضاء التجارى.

خامسًا: طرق الإثبات، وسعر الفائدة تختلف فى الشركات المدنية عنها فى الشركات التجارية.

سادسًا: كل ما نشأ عن أعمال الشركة التجارية من الدعاوى على الشركاء غير المأمورين بتصفية الشركة يسقط بخمس سنين من تاريخ انتهاء الشركة (م ٦٥ تجارى)، أما فى الشركات المدنية فمدة التقادم خمس عشرة سنة.

سابعًا: يجوز شهر إفلاس الشركة التجارية وتصفيتها تصفية قضائية، ولا يجوز ذلك فى الشركة المدنية.

إذا ثبت هذا فإن الدكتور حسنى المصرى يقسم الشركات التجارية إلى ثلاث طوائف هى: شركات الأشخاص، وشركات الأموال، والشركات المختلطة.

الطائفة الأولى: شركات الأشخاص

وتضم طائفة شركات الأشخاص ثلاثة أنواع من الشركات: هى شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة:

فأما شركة التضامن: فهى شركة يكون جميع الشركاء فيها مسئولين مسئولية تضامنية وشخصية وغير محدودة عن كل ديون الشركة، ويجوز لدائن الشركة الرجوع عليهم مجتمعين أو متفردين، ولا يجوز للشريك الذى رجع عليه الدائن أن يدفع مطالبته بالدين بالتجريد أو غيره من الشركاء كل بحسب نصيبه فى الدين.

وتشبه مسئولية الشريك المتضامن مسئولية الشريك فى شركة المفاوضة - المعروفة فى الفقه الإسلامى - كما يقررها الأحناف، يقول صاحب البدائع: «كل ما يلزم لأحدهما - أى: الشريكين - من حقوق ما يتجران فيه يلزم الآخر، ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه[1]».

وأما شركة التوصية البسيطة: فهى شركة يوجد بها شريك متضامن أو أكثر مع شريك موص أو أكثر، وبينما يحتل الشركاء المتضامنون فيها نفس المركز الذى

---

(١) ينظر البدائع (٦/ ٥٩)، والشركات بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ص (٥٥).

يشغله الشركاء المتضامنون فى شركات التضامن - فإن الشركاء الموصين لا يسألون عن ديون الشركة إلا فى حدود حصصهم، ولا يجوز لهم - فى المقابل - تولى الإدارة الخارجية للشركة بعكس الشركاء المتضامنين.

وبينما تتمتع كل من شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة بالشخصية المعنوية، فإن شركة المحاصة لا تتمتع بها؛ لأنها شركة خفية مستترة لا يرغب الشركاء فى ظهورها أمام الغير كشخص معنوى، وبالتالى لا يكون لهذه الشركة وجود إلا فيما بين الشركاء، ويكون لكل واحد منهم التعامل مع الغير، فيسأل أمامه مسئولية شخصية وغير محدودة عن الديون الناشئة عن هذا التعامل، ويسرى نفس الحكم على مدير الشركة فيما لو اتفق الشركاء فى شركة المحاصة على تعيين مدير لها[١].

وبناء على هذا نقول:

شركة المحاصة: هى شركة تقوم ما بين الشركاء وحدهم ولا تكون شركة فى حق الغير، فمن عقد من الشركاء المحاصين عقدًا مع الغير يكون مسئولا عنه وحده دون غيره من الشركاء المحاصين، ثم تقسم على الشركاء الأرباح والخسائر التى تنشأ من أعمالهم، سواء حصلت منهم منفردين أو مجتمعين، وذلك على حسب الشروط المتفق عليها فى عقد الشركة[٢].

وعن شركات المحاصة يقول الدكتور يوسف عبد الفتاح يوسف المرصفى: هى شركات ليست لها شخصية اعتبارية، وبالتالى فليس لها وجود أمام الغير، أى: لا توجد إلا بين الشركاء فقط.

والأمثلة التى ذكرها الشراح لهذه الشركات جائزة شرعًا؛ وذلك كأن يتفق ناشر مع زميل له على طبع كتاب يتحملان معا تكاليف طبعه، ثم يبيعانه، والربح والخسارة بينهما على ما شرطاه.

أو أن يتفق جماعة من التجار على شراء سلعة معينة بما لديهم من رأس المال، ثم يبيعون ما تجمع لديهم، ويقتسمون الأرباح أو الخسائر؛ وفقًا لشروطهم.

وليس من الشركة فى شىء أن يحتفظ كل شريك بحصته يعمل فيها وحده، ثم

---

(١) ينظر القانون التجارى ص (٢٣، ٢٤).
(٢) ينظر الوسيط ص (٢٣٥).

يقتسمون ما تحقق من أرباح وخسائر؛ على حسب شروطهم؛ ففى هذه الحالة لا يتحقق معنى الشركة[١].

وتتميز جميع شركات الأشخاص بقيامها على الاعتبار الشخصى L'intuitus Personae، حيث يمنح كل شريك ثقته للآخر ويعول على وجود الشريك الآخر لما له من ملاءة مالية أو لما له من صفات يعتد بها كالأمانة والمهارة وحسن السمعة.

ولذلك فالأصل - فى هذه الشركات - عدم قابلية حصصها للتنازل عنها إلا بموافقة جميع الشركاء؛ حتى لا ينفذ إلى الشركة شريك أجنبى غير مرغوب فيه، كما تنقضى هذه الشركات بأى سبب يؤدى إلى انهيار الاعتبار الشخصى: كوفاة أحد الشركاء أو إفلاسه أو إعساره أو الحجر عليه.

كذلك تتميز هذه الشركات بظهور فكرة العقد فيها، حيث يعول المشرع على إرادة الشركاء التى ترسم القواعد التى تخضع لها الشركة، بحيث لا تتخذ قرارات الشركة إلا بإجماع الآراء كقاعدة عامة، وحيث لا يجوز إدخال أى تعديل على نظامها إلا بالإجماع كقاعدة عامة أيضًا.

فائدة: فى الفقه الإسلامى يظهر الاعتبار الشخصى بوضوح فى شركات الأعمال، حيث يشترط فى الشريك معرفة حرفة معينة قد لا يعرفها الكثيرون. وكذلك شركة الوجوه؛ حيث لا تتوافر الوجاهة للكثير من الناس، وتقع المضاربة فى مركز وسط[٢].

الطائفة الثانية: شركات الأموال:

والطائفة الثانية من الشركات تتمثل فى شركات المساهمة، وهى شركات أموال تتمتع بالشخصية المعنوية، وتقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول، ولا يسأل المساهم عن ديونها إلا بمقدار الأسهم التى اكتتب بها.

وهذه الشركات لا تهتم بشخصية المساهم بقدر اهتمامها بتجميع الأموال؛ ولذلك فإنها لاتقوم على الاعتبار الشخصى، بل تقوم على الاعتبار المالى وحده؛ ومن ثم فإنها لا تنقضى - على عكس شركات الأشخاص - بوفاة أحد المساهمين أو إفلاسه أو إعساره أو الحجر عليه.

---

(١) ينظر الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون ص (٥٥).

(٢) ينظر السابق ص (٥٢، ٥٣).

وتناسب هذه الشركات المشروعات الضخمة التى تحتاج إلى رءوس أموال كبيرة بعكس شركات الأشخاص التى تتميز بالتواضع من حيث رأس المال وعدد الشركاء؛ وبالتالى فإنها تناسب المشروعات الصغيرة.

ومن الناحية الفقهية يمكن النظر إلى الشركات التى يتكون رأس مالها من أسهم كالتالى:

يمكن اعتبار حملة الأسهم مضاربين بقيمة الأسهم التى يحملونها أما الذين يقومون بالعمل من مديرين وغيرهم، فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين:

١ - إذا كانوا من حملة الأسهم، فهم شركاء بأموالهم وعملهم.

٢ - وأما إذا لم يكونوا من حملة الأسهم: فإذا كانوا يتقاضون أرباحًا، فهم شركاء بعملهم. أما إذا كانوا يتقاضون أجرًا ثابتًا، فهم أجراء[١].

وقد وضع القانون قيودًا كثيرة على تأسيس شركات المساهمة، قصد بها حماية المساهمين وحماية المتعاملين مع هذه الشركات، ولا يجوز تأسيس شركة المساهمة إلا بأمر يصدر من السلطة العامة، وأهم هذه القيود الموضوعة لتأسيس شركات المساهمة: ما ورد فى القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤م، وهو ما يأتى:

أ - لا يجوز الترخيص فى إنشاء شركة مساهمة إلا إذا كان من الأعضاء المؤسسين سبعة على الأقل (م٢/ ١).

ب - يجب أن يكون رأس مال الشركة كافيًا لتحقيق غرضها، وألا يقل فى أى حال ما يكون مدفوعًا منه عند تأسيس الشركة عن عشرين ألف جنيه. ولا تؤسس الشركة إلا إذا كان رأس مالها مكتتبًا فيه بالكامل، وقام كل مكتتب بأداء الربع على الأقل من القيمة الاسمية للأسهم النقدية التى اكتتب فيها (م٦/ ١).

ج - يقسم رأس مال الشركة إلى أسهم متساوية لا تقل القيمة الاسمية لكل منها عن جنيهين (م٧/ ١).

ثم صدرت بعد ذلك تشريعات أوردت قيودًا أخرى مختلفة، ليس هنا مكان بحثها.

وهذه القيود كثيرًا ما تعوق الشركات من أن تتخذ صفة الشركة المساهمة ومن أن

---

(١) ينظر السابق ص (٥٣).

تنتفع بمزاياها، وأهمها تحديد مسئولية كل شريك بالأسهم التى يملكها من رأس المال؛ لذلك استحدث المشرع المصرى، بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤م - نوعًا من الشركات كانت الحاجة ماسة إليه، سميت بالشركة ذات المسئولية المحدودة (societe a responsabilite limitee)[١]، وهى ما سيأتى الحديث عنه فيما يلى:

الطائفة الثالثة: الشركات المختلطة:

وأما الطائفة الثالثة من الشركات فهى الشركات المختلطة، وتتمثل فى شركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة، وهى شركات تتمتع - أيضًا - بالشخصية المعنوية، وتعرف هذه الشركات بالشركات المختلطة؛ لأنها تجمع بين بعض خصائص شركات الأشخاص وبعض خصائص شركات الأموال: فشركة التوصية بالأسهم يوجد بها شريك متضامن أو أكثر فضلا عن المساهم أو المساهمين، وتخضع - لهذا السبب - لبعض قواعد شركة التضامن، كما أنها تصدر أسهمًا متساوية القيمة وقابلة للتداول؛ لذا تخضع لبعض قواعد شركة المساهمة.

كذلك فإن الشركة ذات المسئولية المحدودة تقترب من شركة التضامن من حيث قيامها على قدر من الاعتبار الشخصى؛ مما يجيز للشركاء استرداد حصة الشريك الذى يريد التنازل عنها؛ تجنبًا لوجود شريك أجنبى غير مرغوب فيه، ومن جهة أخرى تقترب الشركة ذات المسئولية المحدودة من شركة المساهمة؛ لأن كل شريك فيها لا يسأل عن ديون الشركة إلا فى حدود حصته؛ ولهذا تخضع الشركة ذات المسئولية المحدودة لبعض قواعد شركات الأشخاص وبعض قواعد شركات الأموال[٢].

رابعًا - الشركات المدنية ذات الشكل التجارى:

قد تجد شركة مدنية، كشركة لبيع الأراضى أو شركة لاستغلال المناجم أو شركة لحفر الترع أو نحو ذلك من الشركات المدنية المهمة، من المناسب أن تتخذ شكلا من أشكال الشركات التجارية كشكل الشركة المساهمة أو شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة أو شكل شركة التوصية بالأسهم. ويكون الغرض من ذلك أن

---

(١) ينظر الوسيط ص (٢٣٦).
(٢) ينظر القانون التجارى ص (٢٥، ٢٦).

تجمع الشركة رأس المال الكافى للقيام بأعمالها ذات التكاليف الكثيرة، ويتيسر لها ذلك لو أنها جعلت رأس المال أسهما يكتتب فيها الجمهور، وفى الوقت ذاته تبقى مسئولية الشركاء محددة فى الأسهم التى يحملها كل شريك؛ فلا يكونون مسئولين فى أموالهم الخاصة. وهاتان مزيتان جوهريتان تحصل عليهما الشركة المدنية إذا اتخذت شكل شركة تجارية يتكون رأس مالها من أسهم. فإذا اتخذت شركة مدنية الشكل التجارى على النحو الذى أسلفناه، فهل تكون هذه الشركة مدنية تبعًا لطبيعة أعمالها، أو تصبح تجارية تبعًا للشكل الذى اتخذته؟

كان الرأى المعمول به فى فرنسا، قبل قانون سنة ١٨٩٣م، أن الشركة المدنية إذا اتخذت شكلا تجاريًّا تعتبر شركة تجارية من حيث مسئولية الشركاء نحو دائنى الشركة. فإذا اتخذت شكل شركة التضامن أصبح الشركاء مسئولين بالتضامن حتى فى أموالهم الخاصة عن ديون الشركة، وإذا اتخذت شكل شركة التوصية أو شركة المساهمة، أصبح الشركاء الموصون أو المساهمون مسئولين بقدر أسهمهم فقط.

وغنى عن البيان أن الشركة المدنية فى هذه الحالة يجب أن تستوفى الإجراءات اللازمة لتكوين الشركة التجارية التى اتخذت شكلها. أما أعمال الشركة المدنية ذات الشكل التجارى فتبقى أعمالا مدنية، ومن ثم لا تكون المحكمة التجارية مختصة، بل المختص هى المحكمة المدنية، ولا تلتزم الشركة بأن تحتفظ بالدفاتر التى تحتفظ بها الشركة التجارية، ولا تكون مدة التقادم خمس سنوات وهى المدة الخاصة بالشركات التجارية، ولا يجوز شهر إفلاس الشركة المدنية ذات الشكل التجارى ولا تصفيتها تصفية قضائية. ثم صدر فى فرنسا قانون أول أغسطس سنة ١٨٩٣م، عقب اضطراب الحالة المالية لشركة بناما وكانت شركة مدنية ذات شكل تجارى؛ فكان لا يمكن شهر إفلاسها مما سبب ضياع أموال المساهمين. وقد قضى هذا القانون بأن أية شركة مدنية تتخذ شكل شركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم تصبح شركة تجارية؛ فتسرى عليها القوانين والعادات التجارية؛ ومن ثم أصبح يجوز شهر إفلاس الشركة المدنية ذات الشكل التجارى وتصفيتها تصفية قضائية، ووجب على هذه الشركة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية، وتكون المحكمة التجارية هى المختصة، ولكن نظرًا لأن أعمال الشركة هى بطبيعتها أعمال مدنية، فالرأى الغالب فى فرنسا أن القواعد المدنية فى الإثبات وفى سعر الفائدة، لا القواعد التجارية، هى التى تسرى.

وليس فى مصر تشريع يقابل قانون سنة ١٨٩٣م فى فرنسا، ولكن الفقه والقضاء يجيزان أن تتخذ الشركة المدنية الشكل التجارى، فإذا اتخذت شكل شركة المساهمة، وجب أن تراعى الإجراءات والشروط اللازمة لتكوين هذه الشركة، وخضعت لقواعد الإدارة والرقابة التى ينص عليها القانون فى الشركات المساهمة، وتحددت مسئولية الشركاء بالأسهم التى يحملها كل منهم.

وكذلك الحكم إذا اتخذت الشركة المدنية شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة أو شكل شركة التوصية.

فإذا اتخذت شكل شركة التضامن، كان الشركاء مسئولين عن ديون الشركة حتى فى أموالهم الخاصة بطريق التضامن.

ولكن الشركة المدنية ذات الشكل التجارى فى مصر - وأعمالها بطبيعتها أعمال مدنية - لا تخضع للقضاء التجارى، ولا تلتزم بالاحتفاظ بالدفاتر التجارية، وتكون مدة التقادم فيها هى المدة المقررة فى القانون المدنى، وقواعد الإثبات فيها وسعر الفائدة هى القواعد المدنية، ولا يجوز شهر إفلاسها ولا تصفيتها تصفية قضائية.

على أن هناك طائفتين من الأحكام التجارية تسريان على الشركة المدنية ذات الشكل التجارى فى مصر، وذلك بموجب نصوص خاصة:

أولا: تسرى على هذه الشركة أحكام قانون السجل التجارى، متى اتخذت شكل شركة المساهمة أو الشركة ذات المسئولية المحدودة أو شركة التوصية بالأسهم، وذلك بموجب القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٤م.

ثانيًا: تسرى على هذه الشركة - أيضًا - الأحكام الخاصة بالضرائب على الأرباح التجارية والصناعية متى اتخذت شكل شركة المساهمة، وذلك بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩م الخاص بالضرائب على الثروة المنقولة[١].

ولا يخفى عليك عزيزى القارئ أن إشكالية الأخذ بالمعيار الموضوعى أو بالمعيار الشكلى لتحديد نوع الشركة هل هى تجارية أو مدنية؟ لا يخفى عليك أن هذه الإشكالية تتجلى بوضوح تام فى هذا النوع من الشركات وهو الشركات المدنية ذات الشكل التجارى؛ فإن الأخذ بالمعيار الموضوعى يؤدى - والحال كذلك - إلى

---

(١) ينظر الوسيط ص (٢٣٦ - ٢٣٩).

ازدواج القواعد القانونية المطبقة على الشركات المدنية التى تتخذ أشكال الشركات التجارية، كما يؤدى إلى صعوبة تحديد القواعد المدنية والقواعد التجارية التى يتعين تطبيقها فى هذه الحالة، يضاف إلى ذلك أن القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م، بشأن شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة، لم يفرق بشأن خضوع هذه الشركات لأحكامه، بين الشركات التجارية والشركات المدنية، وهو ما يعنى خضوع الشركة المدنية لتلك الأحكام متى اتخذت أحد هذه الأشكال، وذلك دون قواعد القانون التجارى الخاصة بالتجار.

أما الأخذ بالمعيار الشكلى فيؤدى إلى وحدة القواعد الواجبة التطبيق على الشركة، كما يتفادى صعوبة تحديد القواعد المذكورة، وهو تحديد يقوم أحيانًا على التحكم.

وأخيرًا لا محل - فى القانون المصرى - للقول بوجوب اتخاذ الشركة التجارية بحسب موضوعها أحد أشكال الشركات التجارية المقررة فى هذا القانون؛ بل يتوقف اتخاذ هذا الشكل على إرادة الشركاء، ولو أراد المشرع المصرى غير ذلك لكان قد نص عليه صراحة كما فعل المشرع فى دولة الإمارات العربية[١].

* * *

(١) ينظر القانون التجارى ص (٢٢، ٢٣).

الفصل الثانى

أركان الشركة

ذكرنا أن الشركة عقد، ومن ثم فإنها تفتقر إلى ما يفتقر إليه غيرها من العقود، ولما كان لكل عقد أركان عليها ينبنى ذلك العقد، وهى التراضى بين المتعاقدين وأهلية كل منهم للتعاقد، والمحل المعقود عليه، والسبب الذى يرد عليه العقد - كانت الشركة كذلك؛ فلا بد من توفر هذه الأركان فيها، إلا أن الشركة تتميز عن غيرها من العقود بصفة خاصة؛ حيث تكتسب الشركة بمجرد تكوينها وتوفر أركانها استقلالا خاصًّا بها اصطلح القانونيون على تسميته بالشخصية المعنوية للشركة، وكذلك فإن الشركة لا تنعقد قانونيًا إلا بورقة مكتوبة.

وبناء على ما سبق يأتى هذا الفصل فى ثلاثة مباحث هى:

١ - المبحث الأول: التراضى والشكل والأهلية.

٢ - المبحث الثانى: محل عقد الشركة وسببه.

٣ - المبحث الثالث: الشخصية المعنوية.

المبحث الأول: التراضى والشكل والأهلية

ونتحدث فيه عن مسألتين:

الأولى: التراضى والشكل والأهلية فى نظر القانون.

الثانية: التراضى والشكل والأهلية من منظور الفقه الإسلامى:

المسألة الأولى - التراضى والشكل والأهلية فى نظر القانون:

يقول الدكتور حسنى المصرى: لا ينشأ عقد الشركة إلا متى حظى برضاء الشركاء بجميع شروطه Consentement؛ فيجب أن يتوافر رضاء كل شريك بالدخول فى الشركة والالتزام بالالتزامات المشروطة فى العقد، كتلك التى تتعلق بنوع الحصص ومقدارها وطريقة الوفاء بها وأنصبة الشركاء فى الأرباح والخسائر؛ كما يجب أن يتوافر الرضا بنوع الشركة ومدتها وأشخاص الشركاء فيها إذا كانت قائمة على الاعتبار الشخصى.

لكن لا يعنى ذلك وجوب اتفاق الشركاء على كافة شروط الشركة؛ إذ يجوز ترك بعض هذه الشروط للقواعد التى يتضمنها القانون المدنى، كما هو الحال بالنسبة

لطريقة إدارة الشركة، وتوزيع الأرباح، والخسائر، وأسباب الانقضاء.

كذلك يلزم أن يكون الرضا خاليًا من العيوب التى تفسده كالإكراه والغلط، والتدليس.

فإذا انعدم الرضا كان عقد الشركة باطلا بطلانًا مطلقًا، أما إذا توافر الرضا، ولكن لحقه عيب من العيوب التى تفسده - فإن عقد الشركة لا ينشأ صحيحًا، ويكون باطلا بطلانًا نسبيًا. ويحدث، فى العمل، أن يقع الشريك فى الغلط فى أشخاص أحد الشركاء الآخرين متى كانت الشركة قائمة على الاعتبار الشخصى، ويعتبر هذا الغلط - حينئذ - حاصلًا فى صفة جوهرية فى العقد؛ مما يجيز لمن وقع فيه التمسك ببطلانه.

كذلك قد يقع الغلط فى نوع الشركة، وذلك بأن يعتقد الشريك بدخوله فى شركة ذات مسئولية محدودة، ثم يتضح له أنها شركة تضامن؛ فيجوز له هنا - أيضًا - التمسك ببطلانها. ويحصل أيضًا أن يقع الشريك فريسة للغش أو التدليس، ولا سيما إذا كانت الشركة من شركات الأسهم التى تطرح أسهمها للاكتتاب العام للجمهور؛ إذ أحيانًا ما يعمد المؤسسون إلى ابتزاز أموال الجمهور بطريق إقناعهم بالدخول فى مشروعات معينة يتضح بعد ذلك أنها مشروعات وهمية؛ لذا يجوز لمن وقع فى الغش التخلص من التزاماته بالشركة، واسترداد حصته منها بالتمسك ببطلانها[١].

وقد جعل الدكتور السنهورى أصل التراضى شرطًا من شروط انعقاد الشركة، فى حين جعل انتفاء عيوب التراضى شرطًا من شروط صحة الشركة، وأضاف إلى أصل التراضى كشرط لانعقاد الشركة شرطًا فى شكل انعقاد الشركة، حيث ذكر أنه قد أصبح عقد الشركة فى التقنين المدنى الجديد عقدًا شكليًا؛ إذ يجب أن يكون مكتوبًا وإلا كان باطلًا.

وتنص المادة ٥٠٧ من التقنين المدنى الجديد فى هذا الصدد على ما يأتى:

١ - يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبًا وإلا كان باطلًا، وكذلك يكون باطلًا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى أفرغ فيه ذلك العقد.

٢ - غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير، ولا يكون له أثر

(١) ينظر السابق ص (٢٧، ٢٨).

فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان.

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق؛ فكان عقد الشركة فى هذا التقنين عقدًا رضائيًا ينعقد بتطابق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى ورقة مكتوبة.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

فى التقنين المدنى السورى م٤٧٥، وهى مطابقة لما ذكرناه فى المادة ٥٠٧ من التقنين المدنى الجديد.

وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٩٧ - ٤٩٨، واللتان تنصان على:

م ٤٩٧ : لا يخضع عقد الشركة المدنية لشركات أو إجراءات معينة، باستثناء ما تتطلبه طبيعة ما يقدمه الشركاء من أموال حصصًا فى الشركة.

م ٤٩٨ : لا يجوز إدخال تغيير على عقد الشركة إلا بموافقة جميع الأعضاء، ما لم يتفق على خلاف ذلك.

ويختلف التقنين الليبى عن التقنين المصرى فى أنه لا يتطلب ورقة مكتوبة لانعقاد الشركة؛ فالشركة المدنية فيه عقد رضائى.

وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٢٨، وهى مطابقة لما ذكرناه فى م ٥٠٧ من التقنين المدنى الجديد.

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٨م والتى تنص على أن: تتم الشركة بموافقة المتعاقدين على تأسيسها، وعلى سائر بنود العقد، فيما خلا الحالة التى يوجب فيها القانون صيغة خاصة، غير أنه إذا كان موضوع الشركة أملاكًا ثابتة أو غيرها من الأملاك القابلة للرهن العقارى، وكانت لمدةٍ لا تتجاوز ثلاث سنوات - وجب أن يوضع عقدها خَطِّيًا وأن يسجل بالصيغة القانونية. ويجب علاوة على ذلك: إتمام المعاملات المنصوص عليها فى القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السامى فى ١٥ آذار سنة ١٩٢٦م.

والتقنين اللبنانى لا يوجب شكلًا معينًا فى شركة المنقولات؛ فهى عقد رضائى. أما شركة العقارات فقد اشترط فيها أن تكون بورقة مكتوبة مسجلة مع مراعاة الإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقارات إلى الشركة.

ويتبين من نص المادة ٥٠٧ من التقنين المدنى الجديد أن الشركة لا تنعقد، كما قدمنا، إلا بورقة مكتوبة. وقد تكون هذه الورقة ورقة رسمية أو ورقة عرفية، وقد

كان المشروع التمهيدى يورد هذا التفصيل، فاكتفى فى النص النهائى بذكر الورقة المكتوبة؛ فإنه إذا جاز أن تنعقد الشركة بورقة عرفية، فأولى أن تنعقد بورقة رسمية. غير أنه يلاحظ أن الشركاء إذا اختاروا أن يعقدوا الشركة بورقة رسمية، وجب عليهم أن يلتزموا هذا الشكل فى كل ما يدخلونه بعد ذلك على عقد الشركة من تعديلات، فيدونوا هذه التعديلات فى ورقة رسمية أسوة بالعقد الأصلى.

أما إذا اقتصروا فى عقد الشركة على ورقة عرفية، فإن ما يدخلونه من تعديلات بعد ذلك يكفى فيها ورقة عرفية كالعقد الأصلى.

وفى هذا المعنى تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٥٠٧ مدنى: «وكذلك يكون باطلًا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى أفرغ فيه ذلك العقد».

فإذا لم يكن عقد الشركة الأصلى فى ورقة مكتوبة، أو لم تكن التعديلات التى يدخلها الشركاء بعد ذلك فى الشكل ذاته الذى أفرغ فيه العقد الأصلى، كانت الشركة أو التعديلات التالية باطلة. ولما كان البطلان هنا جزاء على الإخلال بالشكل - وقد قدمنا أن القانون هو الذى يعين الجزاء على الإخلال بالشكل؛ إذ الشكل من صنعه - فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلًا لا تلحقه الإجازة وقد يسمح بإجازته، فإن المشرع هنا أورد تفصيلات مهمة فيمن يجوز له التمسك ببطلان الشركة؛ لعدم استيفائها الشكل المطلوب.

ففيما بين الشركاء يبقى عقد الشركة غير المكتوب قائمًا منتجًا لجميع آثاره، ومنها إلزام الشركاء بتقديم حصصهم فى الشركة، واقتسام الربح والخسارة على الوجه المبين فى العقد غير المكتوب، وذلك إلى الوقت الذى يرفع فيه أحد الشركاء الدعوى ببطلان الشركة، فمن وقت المطالبة القضائية بالبطلان يصبح عقد الشركة باطلًا، والحكم بالبطلان يستند إلى وقت رفع الدعوى، فيمر عقد الشركة غير المكتوب إذن على مرحلتين يفصل بينهما رفع دعوى البطلان: مرحلة الصحة قبل رفع الدعوى، ومرحلة البطلان بعد رفعها.

على أنه فى المرحلة الأولى إذا اقتضى الأمر أن يثبت أحد الشركاء عقد الشركة فى مواجهة شركائه، وجب اتباع القواعد المدنية فى الإثبات. فإذا زاد رأس مال الشركة على عشرة جنيهات، وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالإقرار أو

باليمين. وإذا لم يزد رأس مال الشركة على عشرة جنيهات، جاز الإثبات بجميع الطرق، وتدخل فى ذلك البينة والقرائن.

أما فى حق الغير، فللغير أن يحتج على الشركاء ببطلان الشركة؛ لعدم استيفائها الشكل المطلوب. فإذا طالبت الشركة أحدَ من تعامل معها، جاز لهذا الغير أن يدفع المطالبة بأن الشركة باطلة، وأن التعاقد معها باطل، ولا يرجع الشركاء على الغير فى هذه الحالة إلا بما تقضى به القواعد العامة فى العقد الباطل.

ولكن يجوز للغير أن يغفل بطلان الشركة وأن يتمسك بوجودها، وفى هذه الحالة تعتبر الشركة صحيحة قائمة منتجة لآثارها. فإذا كان الغير قد تعاقد مع الشركة وأراد أن يطالبها بالتزاماتها، فلا يجوز للشركة أن تحتج عليه ببطلانها؛ لعدم استيفائها الشكل المطلوب، وبأن التعاقد معه كان باطلًا لهذا السبب، بل تلزم الشركة بالوفاء بالتزاماتها نحو الغير على اعتبار أنها شركة صحيحة قائمة، وللغير أن يثبت وجود الشركة بجميع طرق الإثبات، وفيها البينة والقرائن، حتى لو زاد رأس مالها على عشرة جنيهات؛ لأنه من الغير.

ويتبين من ذلك أن بطلان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب يجوز أن يحتج به الغير قبل الشركة، ولكن لا يجوز للشركة أن تحتج به قبل الغير.

وقد نظم المشرع المصرى تنظيمًا تشريعيًا، ما يسميه الفقه الفرنسى بالشركات الواقعية Societes de fait، وهى شركات تكون باطلة أو تكون قد انقضت وتبقى مع ذلك مباشرة لنشاطها، أو شركات تقوم بالفعل دون عقد ما بين الشركاء؛ فتكسب المظهر الخارجى للشركة.

فهذه كلها شركات لا وجود لها قانونًا، ولكنها شركات واقعية، ومن ثم تجب حماية حقوق الغير الذى يتعامل معها؛ فيجوز للغير - بحسب مصلحته - إما أن يتمسك ببطلان الشركة، وإما أن يتمسك بقيامها على الوجه الذى أسلفناه فيما تقدم[١].

إذا ثبت هذا: فإنه يلزم لتحقق التراضى أن يتوفر فى كل شريك فى الشركة أهلية التعاقد؛ وذلك لأن الشركة - كما يقول الدكتور حسنى المصرى -:

---

(١) ينظر الوسيط ص (٢٤٦ - ٢٥٠).

من التصرفات التى تفرض على كل شريك التزامات معينة، أهمها الالتزامات بتقديم الحصة، وتحمل ما ينشأ عن استغلالها من خسائر بحسب نوع الشركة؛ ولذلك يجب أن تتوافر لدى كل شريك الأهلية Capacite اللازمة لذلك، بأن يكون راشدًا، أى: بالغًا من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة، ولم يعتوره عارض من عوارض الأهلية التى تعدمها: كالجنون، والعته، أو تنقصها: كالسفه، والغفلة.

فإذا بلغ الشخص الثمانى عشرة سنة، ولم يبلغ إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة - فإنه يكون قاصرًا، ومع ذلك يجوز له - متى أراد أن يكون شريكًا متضامنًا - أن يتقدم بطلب إلى المحكمة الابتدائية؛ لتأذن له بالاتجار؛ لأن الشريك المتضامن يكتسب صفة التاجر، لكن لا يجوز أن تأذن المحكمة بالاتجار للقاصر الذى يقل عمره عن الثمانى عشرة سنة، وإنما يجوز الإذن لوليه أو لوصيه الدخول ببعض أموال القاصر شريكًا موصيًا أو مساهمًا فى شركة توصية بسيطة أو بالأسهم، أو فى شركة مساهمة؛ لأن الشريك الموصى أو المساهم لا يعتبر تاجرًا، ولا يعدو أن يكون هذا النوع من المشاركة أو المساهمة توظيفًا لأموال القاصر، وليس اتجارًا بها بما تحمله التجارة من معنى تعريض الأموال للمخاطر والمسئولية الشخصية وغير المحدودة عن نتائجها.

ويأخذ السفيه وذو الغفلة حكم القاصر المأذون له بالاتجار من حيث جواز دخوله فى الشركة كشريك متضامن بإذن المحكمة.

أما المجنون أو المعتوه فيأخذ حكم الصبى غير المميز من حيث اعتباره عديم الأهلية.

ومتى كان الشريك عديم الأهلية، فإن عقد الشركة يكون باطلًا بطلانًا مطلقًا، أما إذا كان الشريك ناقص الأهلية فإن العقد يكون باطلًا بطلانًا نسبيًا[1].

واعتمادًا على المادتين ٧٠٠، ٧٠٢ مدنى يقرر الدكتور السنهورى أنه: يجوز للبالغ الرشيد التوكيل فى إبرام عقد الشركة، ولكن يجب أن يكون عقد الوكالة مكتوبًا كعقد الشركة ذاته؛ إذ يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى

---

(١) ينظر القانون التجارى ص (٢٩، ٣٠).

التصرف القانونى الذى يكون محل الوكالة (م ٧٠٠ مدنى). ولا بد أن تكون الوكالة خاصة، ولا تكفى الوكالة العامة؛ إذ الشركة ليست من أعمال الإدارة (م ٧٠٢ مدنى)[١].

وتستوى فى الأهلية - كما يقرر الدكتور السيد على السيد - المرأة المتزوجة بالرجل متى بلغت سن الرشد؛ فيكون لها أن تشتغل بالتجارة، لتمتعها فى الشريعة الإسلامية بحرية كاملة فى التصرف فى أموالها؛ ولذلك لم يشترط القانون التجارى المصرى حصول المرأة المتزوجة على إذن من زوجها لتشتغل بالتجارة.

يقول الدكتور يوسف عبد الفتاح يوسف المرصفى: تعطى الشريعة الإسلامية المرأة من الأهلية، سواء أكانت أهلية وجوب أو أهلية أداء ما تعطيه للرجل؛ فهما فيها على سواء عند جمهور الفقهاء؛ فيثبت للمرأة من الحقوق المالية وغيرها ما يثبت للرجل، ويجب عليها مثل ما يجب عليه، ولها الحق فى المعاملة، ومباشرة الأسباب التى تنشئ التزامات وتوجب حقوقا لغيرها، ما دامت عاقلة مميزة رشيدة، فلها ذمة صالحة لكل الالتزامات، ولها إرادة مستقلة تنشئ بها تصرفات يقرها الشارع. وجمهور الفقهاء خلافا لمالك فى رواية عنه - على أن المرأة البالغة الرشيدة لها الحرية التامة فى كل مالها، ليس لأحد عليها من سلطان، سواء أكان وليا أو زوجا؛ لأن الرجل والأنثى بالنسبة للأموال سواء[٢].

وهذا على عكس الوضع بالنسبة لبعض التشريعات اللاتينية كالقانون الفرنسى. وهو وضع أثار نقد الشراح الفرنسيين، وإن لم يعدم من يحاول تبريره بما يلقيه الزواج على المرأة المتزوجة من أعباء العناية بأسرتها.

على أن الوضع فى القانون الفرنسى قد عدل أولًا بصدور قانون ٢٢ سبتمبر ١٩٤٢م، ثم بالقانون الصادر فى ٩ أكتوبر ١٩٤٥م، واستردت بعد ذلك المرأة الفرنسية المتزوجة حريتها فى مزاولة التجارة؛ فلم يتوقف اشتغالها بالتجارة على إذن من الزوج، ومع ذلك أعطى الزوج الحق فى أن يعترض على اشتغالها بالتجارة.

وعلى هذا؛ فيجب أن يكون الشريك الذى يقدم حصته فى الشركة عملًا - سواء

---

(١) ينظر الوسيط ص (٢٥٢) .
(٢) ينظر الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون ص (٦٣) .

فى ذلك كان رجلًا أو امرأة - أن يكون له الأهلية الكاملة ببلوغه إحدى وعشرين سنة، سليمًا من كل عوارض الأهلية، أو على الأقل يكون بالغًا الثمانى عشرة من عمره ومأذونًا له فى التجارة.

أما إذا كان هذا الشريك غير متضامن، بأن كان شريكًا موصيًا فى شركات الأشخاص، أو شركات الأموال - فإنه عندئذ لا يشترط فيه الأهلية التجارية؛ إنما يكفى أن يكون مميزًا ولو لم تأذن له المحكمة المختصة فى مزاولة التجارة، شأنه فى ذلك شأن كل شريك موصى فى شركات الأشخاص أو مساهم فى شركات الأموال؛ حيث لا يشترط فيهم كمال الأهلية، فضلًا عن إجازة إسهام الوصى بأموال القاصر فى شركات الأشخاص باعتبار القاصر شريكًا موصيًا، وكذلك مساهمًا فى شركات الأموال.

هذا من حيث الأصل، ولكن وضع الشريك بالعمل إذا كان موصيًا يحتاج إلى شىء من النظر الفاحص؛ فهو شريك يتدخل تدخلًا إيجابيًّا بعمله الذى يقدمه، وليس ذلك الشريك الذى يقتصر على تقديم أمواله ثم ينتظر نتائج نشاط الشركة.

هذا بالإضافة إلى أن العمل الذى يجب أن يكون موضوعًا لحصته هو عمل له أهميته، وليس ذلك العمل العادى أو التافه؛ لذلك يجب أن يكون هذا الشريك قد بلغ سنًّا تمكنه على الأقل من تقدير التزاماته، وتهيئ له القيام بأداء عمله دون أن يلحق به هو شخصيًّا أى ضرر.

ولعلنا نستهدى فى هذا الصدد بقانون العمل، وما يشترطه فى العمال من بلوغ سن معينة.

فنجد أن السن الأدنى للعامل هى اثنا عشر عامًا ترفع فى بعض الأعمال إلى خمسة عشر عامًا أو سبعة عشر عامًا فى بعض الصناعات. (م ١٢٤ من قانون العمل).

ويلاحظ أن السن الأدنى تتدرج بتدرج الخطورة فى الصناعات المختلفة: فما كان منها أقل خطورة فلا يستلزم سنًّا كبيرةً، وما زادت خطورته تطلب القانون زيادة الحد الأدنى فى سن العامل تبعًا لهذه الخطورة.

والشريك الموصى بالعمل يقدم أيضًا عملًا، وهذا العمل قد يتدرج فى الخطورة، فهل يمكن أن نطبق عليه ما جاءت به المادة ١٢٤ من قانون العمل؟

فى الواقع أن كلا من العامل والشريك بالعمل يؤديان عملًا، وهذا أمر لا خلاف فيه، ومع ذلك فإن وضع كل منهما يختلف عن الآخر: فالشريك بالعمل ولو كان موصيًا إنما يتحمل تبعة لا يتحملها العامل؛ حيث إنه قد يفقد مقابل عمله، وهذا بعكس العامل الذى يحصل على هذا المقابل فى كل الظروف؛ فمقابل عمله أجر محدد ثابت.

هذا بالإضافة إلى أن الشريك بالعمل إنما يبتغى من دخوله فى شركة أن يحقق الغرض الذى تقوم من أجله الشركة، وكأنه غرضه الخاص، وهذا ما ينتفى عند العامل الأجير.

فإذا نظرنا إلى السن التى يحددها قانون العمل، نجد أنها لا تتصل بالأهلية القانونية سواء من حيث كمالها أو نقصها؛ إنما هو تحديد لسن يحمى فيها القانون القصر من مخاطر بعض الأعمال، كما يحميها بصفة عامة من النواحى الصحية والاجتماعية. كل ذلك بعيدًا عن نطاق الأهلية؛ لذلك لا يمكن القول بإمكان تطبيق ما وردت به المادة ١٢٤ من قانون العمل على الشريك الموصى الذى يقدم حصته عملًا.

لكل هذه الاعتبارات، وحماية للشريك الموصى الذى يقدم عمله حصة فى الشركة، ورعاية لمصالح الشركة - أيضًا - وهى التى تتوقع من هذا الشريك عملًا له أهميته الخاصة، يرى الدكتور السيد على السيد أنه يجب أن تتوفر فى هذا الشريك سن الثمانى عشرة مع الإذن له بمزاولة التجارة.

واشتراط الإذن له بالتجارة ليس معناه أن هذا الشريك يصير تاجرًا؛ إنما هى للتدليل على قدرته فى بذل النشاط الذى يتحمل من أجله تبعة معينة، هى احتمال فقدهِ لمقابل هذا العمل[1].

المسألة الثانية - التراضى والشكل والأهلية من منظور الفقه الإسلامى:

إن ما عرض له القانون بخصوص تراضى الشركاء على الشركة هو فى رأينا أمر متفق مع القواعد العامة فى الفقه الإسلامى؛ إذ لا تنعقد الشركة فى الفقه الإسلامى

---

(١) ينظر الحصة بالعمل بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى للدكتور السيد على السيد ص (٢١٤، ٢١٥).

إلا بتراضى الشركاء على موضوع الشركة وحصة كل شريك، وهو ما يتفق مع قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٨]

وأما ما يتعلق بموضوع الشكل وأن تكون الشركة مكتوبة فإنه بالنظر إلى أن الأساس فى العقود الرضا - كما يقول الفقهاء - فإنه يمكن القول - بصورة عامة - إنه لا شكلية فى الفقه الإسلامى وأن العقود الشرعية من العقود التى يطلق عليها رجال القانون: العقود الرضائية، وليست بوجه عام من العقود الشكلية. فلا يشترط لتكوين العقد غير قصد الطرفين إنشاءه[١].

إلا أننا نرى أن الالتزام بكون الشركة لا تنعقد إلا بورقة مكتوبة هو أمر تنظيمى، لا بأس به، كغيره من العقود التى يندب إلى توثيقها بالكتابة.

لا سيما وقد نالت الشركات فى الوقت الحاضر أهمية كبرى تحتم الأخذ بشكلية عقد الشركة؛ نظرًا لما يترتب على عدم الكتابة من أضرار بالنسبة للشركاء أو بالنسبة للغير. ويؤيد ذلك ما ورد فى القرآن الكريم من أمر بكتابة الدين[٢].

أما ما جاء فى القانون بخصوص الأهلية، فإننا نجد ثمة تباينًا بينه وبين بعض التوجهات فى الفقه الإسلامى وقد بينا فيما سبق منذ قليل التباين بين الفقه الإسلامى وبعض التشريعات القانونية فيما يتعلق بأهلية المرأة؛ بحيث يمكننا القول بأنه ينبغى فى كل تشريع يصدر خاصًا بالشركات أو بأية معاملات مالية أن تتساوى فيه أهلية المرأة زوجة كانت أو غير زوجة بأهلية الرجل؛ أخذًا بأحكام الشريعة الإسلامية؛ كما يقرر الدكتور يوسف المرصفى. وفيما يلى نحاول بيان الرؤية الفقهية للأهلية:

يقول الدكتور السيد على السيد: يرى الحنفية[٣] أن الشريك باعتباره وكيلًا يكفى أن يكون مميزًا؛ فهم لا يشترطون فيه إلا ما يشترط فى الوكيل، والوكيل عندهم لا يشترط فيه أكثر من أن يكون مميزًا، فصاحب الحصة بالعمل إنما يتصرف بأمر رب المال.

---

(١) ينظر الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون ص (٥٨، ٥٩).
(٢) ينظر السابق ص (١٥٤).
(٣) ينظر البدائع (٦/ ٦١).

ويقول الكاسانى[١]عن أهلية الوكيل: «أن يكون عاقلًا؛ فلا تصح وكالة المجنون والصبى الذى لا يعقل، وأما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة؛ فتصح وكالة الصبى العاقل والعبد مأذونين أو محجورين، وهذا عند أصحابنا.

ويستند الحنفية فى ذلك إلى ما أخرجه البيهقى من طريق الواقدى أن النبى ﷺ خطب أم سلمة إلى ابنها عمر بن أبى سلمة، فزوجها رسول الله ﷺ وهو يومئذ غلام صغير.

ويقول الكمال بن الهمام[٢]: إنهم يضعفون الواقدى خلافًا لنا. وفيه دليل على وكالة الصبى العاقل خلافًا لهم.

وكذلك فإن الأصل عند الحنفية: أن عبارة المميز معتبرة؛ لوجود أصل العقد لديه، لكن نفاذ تصرفه يتوقف على إجازة وليه.

والمالكية يشترطون فى صاحب الحصة بالعمل أهلية الوكيل أيضًا، وعندهم لا يجوز توكيل الصبى[٣].

وبصدد الشركة بصفة عامة - وإن ورد فى شأن شركة العنان - يقول صاحب الشرح الكبير[٤]: «وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل، أى: ممن فيه أهلية لهما؛ بأن يوكل غيره، ويتوكل لغيره، وهو الحر البالغ الرشيد».

والحنابلة يشترطون فى كل شريك أن يكون جائز التصرف؛ فقد جاء فى المغنى[٥]وهو يتكلم عن القاعدة فى أنواع الشركات جميعًا بما فيها شركة المضاربة: «ولا يصح شىء منها إلا من جائز التصرف؛ لأنه عقد على التصرف فى المال؛ فلم يصح من غير جائز التصرف فى المال؛ كالبيع».

وبذلك يجب أن يكون الشريك صاحب الحصة بالعمل بالغًا عاقلًا رشيدًا، ومع هذا يجوز للمميز المأذون فى التجارة أن يكون شريكًا إذا تضمن الإذن - سواء كان صادرًا من الولى أو القاضى - هذا النوع من الاتجار؛ وذلك لأن الحنابلة لا يطلقون

---

(١) ينظر السابق (٦/ ٢٠) .
(٢) ينظر فتح القدير (٦/ ١٠٣) .
(٣) ينظر بداية المجتهد (٢/ ٢٩٧) .
(٤) (٣/ ٣٠٥) .
(٥) (٥/ ١) .

الإذن إنما يقيدونه بما أذن فيه فقط[١].

والشافعية يشترطون فى هذا الشريك - أيضًا - أن يكون بالغًا رشيدًا، فيقول صاحب نهاية المحتاج[٢]: «وشرطهما - أى: المالك والعامل - كوكيل وموكل؛ لأن المالك كالموكل، والعامل كالوكيل».

ويشترط فى الوكيل عندهم صحة مباشرته التصرف الذى وكل فيه لنفسه، وإلا لم يصح توكيله؛ «فلا يصح توكيل صبى ومجنون... فى التصرفات»[٣].

ويقول الطوسى من الشيعة الإمامية: «إذا وكل صبيًّا فى بيع أو شراء أو غيرهما - لم يصح التوكيل وإن تصرف لم يصح تصرفه... دليلنا قوله ﷺ: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ الصَّبِى حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ، وعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيقِظَ» ورفع القلم يقتضى ألا يكون لكلامه حكم، وأنه لا دلالة على صحة هذه الوكالة؛ فيجب بطلانها»[٤].

وبذلك يكون المناط لأهلية صاحب الحصة بالعمل التكليف؛ فغير المكلف شرعًا لا اعتبار لعبارته عند أصحاب هذا الرأى؛ فلا يصح للصبى المميز أن يكون شريكًا بعمله؛ لأنه لا يصح أن يكون وكيلًا.

يتضح من هذه النصوص أن الفقه الإسلامى بصدد أهلية الشريك بالعمل يتضمن رأيين:

أحدهما - وهو رأى الحنفية -: لا يشترط فيه أكثر من التمييز.

والثانى - رأى المالكية، والحنابلة، والشافعية، والإمامية -: يرى وجوب اكتمال أهلية هذا الشريك.

وقد تضمنت هذه النصوص بعض حجج الرأيين، ولكل منهما سنده.

ثم يقول الدكتور السيد على السيد: وأرى فى خصوص هذا الشريك أن يكون بالغًا رشيدًا، مع إجازة الاكتفاء بالتمييز مع الإذن فى التجارة؛ وذلك استنادًا إلى ما يأتى:

---

(١) ينظر كشاف القناع (٢/ ٢٥٩).
(٢) (٤/ ١٦٧).
(٣) ينظر أسنى المطالب (٢/ ٢٥٨).
(٤) ينظر مسائل الخلاف (١/ ٢٥٠).

أولا: فى الحالة العادية للوكالة وهى الوكالة المفردة - أى: التى يوكل فيها الشخص لإنجاز تصرف معين - يكون الوكيل صبيًا مميزًا، فهو يحمل تعليمات الموكل وينفذ رغباته، لكن الوضع يختلف بالنسبة للوكيل التى تتضمنها الشركة، لا سيما شركة المضاربة، حيث يتمتع صاحب الحصة بالعمل بسلطة تقديرية واسعة فى التصرف، حتى إن من الفقهاء من منع أصحاب حصص رأس المال من أن يعينوا من يشرف عليه فى تصرفاته؛ فصاحب الحصة بالعمل فى حقيقة الأمر مدير الشركة، وقد يقتضيه ذلك السفر لعقد صفقات لحساب الشركة، وحينئذ يكون بعيدًا عن سلطات وإشراف أصحاب حصص رأس المال.

ثانيًا: أن المميز غير المأذون له فى التجارة - عند الحنفية - يقف نفاذ تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر على إجازة وليه؛ وهذا يدل على أنه فى حاجة دائمًا إلى رأى بجوار رأيه يستكمل به نقص أهليته لهذا النوع من التصرفات، فكيف يكون الوضع إذن بالنسبة لصاحب حصة العمل غير المأذون له فى التجارة؟ أعتقد أنه محتاج لمن يأخذ بيده.

صحيح أنهم اشترطوا الإجازة عندما يكون التصرف فى مال المميز، ولكن من الذى يطمئن أن يسلم أمواله إلى من يحتاج العون لسلامة تصرفاته. وإذا كان اشتراط الإجازة قد قصد به صيانة أمواله، ألا يكون جهده ووقته فى حاجة إلى حماية.

ثالثًا: يرى الحنفية[1] أنفسهم أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل، ويدافعون عن ذلك بأن عقد الوكيل كلامه القائم بذاته حقيقة، ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلًا بفعل الغير حقيقة... ومع ذلك فإذا كان الوكيل صبيًا ترجع حقوق ما يبرم من العقود إلى الموكل وليس إليه، ويبررون ذلك بأن رجوع الحقوق إلى الوكيل من باب التبرع، والصبى ليس من أهل التبرع؛ لكونه من التصرفات الضارة المحضة.

ويروى فى هذا الشأن عن أبى يوسف قولان:

الأول: أن العهدة إذا كان الوكيل صبيًا على الآمر لا على الصغير.

والثانى: أنه قال: إن كان المشترى يعلم أن بائعه صبى محجور عليه فكذلك. وإن كان لا يعلم بذلك، ثم علم به - كان بالخيار: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه،

---

(١) ينظر البدائع (٦/ ٣٣) .

وكانت عهدته على الآمر، ثم يزيد الطحاوى بقوله: وبه نأخذ.

ثالثا: وهذا الوضع لا يتفق وطبيعة التجارة التى يسعى أصحابها إلى اكتساب ثقة الناس وائتمانهم، كما يسعون إلى استقرار معاملاتهم؛ فصاحب الحصة بالعمل يتعاقد باسمه بعيدًا عن أرباب المال، فمن ذا الذى يقدم على التعامل مع هذا الشخص الذى لا تلزمه عهدة ما يبرم من العقود، إنما تلزم شخصًا أو أشخاصًا آخرين لا علم له بهم، وقد يعلمهم، ولكن قد تكون بينه وبينهم أسفار بعيدة؟!

كما أن هذا الوضع قد يدفع الناس إلى التعامل مع آخرين يطمئنون إلى سلامة تصرفاتهم، والتزامهم بما يترتب على هذه العقود من واجبات، وهذا من شأنه أن يسبب كساد تجارة يقوم على إدارتها شريك غير كامل الأهلية وغير مأذون له بالتجارة.

رابعًا: أن الحنفية قد اشترطوا فى شركاء المفاوضة البلوغ مع الرشد؛ لما فى هذا الشكل من الشركات من مسئولية أشد وأوسع من المسئولية فى غيرها من الشركات؛ إذن فالمذهب الحنفى لا يأبى زيادة القيود مع زيادة المخاطر.

وكذلك ما يستفاد مما جاء فى مبسوط السرخسى[1] من أن صاحب رأس المال الذى يرتضى أن يتعاقد مع الصبى المميز غير المأذون فى التجارة، فإنما يكون قد ارتضى بالتعامل معه؛ ولذلك فهو يتحمل نتائج رضاه. وكأن هذا الرأى يذهب إلى ترك المسألة إلى اتفاق الشركاء وما يرتضونه فى الشريك مقدم الحصة بالعمل من أهلية؛ وهذا ما يقوله السرخسى: «وإذا دفع الرجل إلى الصبى... مالا مضاربة، فاشترى به، فربح أو وضع بغير إذن والد الصبى... جاز على رب المال، والربح بينهما على ما اشترطا؛ لأنه من أهل التصرف؛ لكونه مميزًا. وإنما يلاقى تصرفه مال رب المال وهو راض بتصرفه. ولو استعان به من غير شرط شىء من الربح له، نفذ تصرفه فى حقه، فإذا شرط نصيبًا من الربح أولى... والعهدة فى البيع والشراء على رب المال.

يقول الدكتور السيد على السيد: وأرى فى هذا الرأى بالنسبة لما يأخذ به من ترك المسألة لما يتفق عليه الشركاء، وتحملهم نتائج اتفاقهم، استشعار الخطورة المترتبة

---

(١) (٢٢/٥٩).

على كون الشريك صاحب الحصة بالعمل مميزًا غير مأذون له بالتجارة.

خامسًا: أن المعاملات لم تعد فى سهولة ويسر ما كانت عليه فى العصور السابقة، إنما هى قد تعقدت، وتطلبت تبعًا لذلك الحيطة والإحاطة بكثير من الإجراءات وقواعد التعامل، كما أن النفوس قد تغيرت عما كانت عليه نفوس السلف، وهم الذين كانوا حديثى عهد بصدر الإسلام، وآثار النبوة كانت لا تزال حية فى صدورهم؛ مما يستتبع وضع القيود التى تتلاءم مع ما عليه الناس فى عصرنا. ومع ذلك فقد روى عن الإمام على - رضى الله عنه - أنه قال: «الفقه ثم المتجر» وهذا القول قد ابتغى الاحتياط؛ حتى لا يقع الشخص فى حرام. وكيف يكون الصغير ولو كان مميزًا فقيهًا بأصول المعاملات؟!

لهذه الأسباب أرى أن يكون الشريك صاحب الحصة بالعمل بالغًا رشيدًا أو على الأقل مميزًا مأذونًا له فى التجارة، لا سيما إذا كان يتولى أعمال الإدارة الخارجية للشركة. أما إذا كان يتولى أعمالًا تتعلق بالإدارة الداخلية فقط بحيث لا يكون له تعامل مع الغير، فيكون الأصل فى الأهلية بالنسبة لهذا الشريك التمييز مع الإذن فى التجارة[1]. اهـ.

* * *

(١) ينظر الحصة بالعمل ص (٢١٦ - ٢١٩).

المبحث الثانى

محل عقد الشركة وسببه

لا بد أن يكون لعقد الشركة محل شأنه فى ذلك شأن غيره من العقود، وهذا المحل يجب أن تتوافر فيه أمور هى: أن يكون موجودًا أو ممكنًا، وأن يكون معينًا أو قابلًا للتعيين، وأن يكون قابلًا للتعامل فيه، وأن يكون مشروعًا.

ويتمثل محل الشركة كما يقول الدكتور حسنى المصرى:

فى الغرض الذى تنشأ الشركة من أجله، أى: النشاط الذى تقوم عليه الشركة، سواء تعلق هذا النشاط بالإنتاج أو التوزيع، مثال ذلك: قيام الشركة لصناعة الحديد والصلب أو المنسوجات أو السيارات أو الأجهزة الكهربائية، أو قيامها للاتجار بها، أو القيام بأعمال الوساطة فيها كالسمسرة والوكالة بالعمولة أو القيام بعمليات النقل أو التوريد ونحو ذلك. ويجب فى محل الشركة - أى غرضها - أن يراعى فيه الوحدة والتخصص.

كذلك يجب أن يكون محل عقد الشركة ممكنًا ومشروعًا، فإذا كان هذا المحل مستحيلًا أو غير مشروع وقع العقد باطلًا بطلانًا مُطلقًا.

ومثال المحل المستحيل: قيام الشركة لمباشرة صناعة لم يحصل اكتشاف أسرارها بعد، كما هو الحال بالنسبة - مثلًا - للصناعات المتعلقة بالفضاء الخارجى.

أما المحل غير المشروع فمثاله صناعة المخدرات أو ترويجها أو إدارة موائد للقمار أو بيوت للبغاء؛ إذ من الواضح أن المحل - فى مثل هذه الحالات - يكون مخالفًا للنظام العام وحسن الآداب فى الدولة.

لكن أحيانًا ما يكون المحل ممكنًا ومشروعًا ومع ذلك يمنعه القانون على بعض الأشخاص، كما هو الحال بالنسبة للصناعات التى تقوم على احتكار قانونى: كصناعة الأسلحة الثقيلة، ومشروعات النقل العام، والاتصالات السلكية واللاسلكية، والبريد، حيث عادة ما تقصر الدولة هذه الأنشطة على مشروعات معينة وخاصة مشروعاتها العامة.

ومن ذلك - أيضًا - ما قضت به المادة الخامسة من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م من أنه: «لا يجوز أن تتولى شركات التوصية بالأسهم أو الشركات ذات المسئولية المحدودة أعمال التأمين أو أعمال البنوك أو الادخار أو تلقى الودائع أو

استثمار الأموال لحساب الغير».

وفى مثل هذه الحالات تكون الشركة باطلة بطلانًا مطلقًا طالما نشأت للقيام لنشاط يحظره القانون.

هذا، ويختلف محل عقد الشركة - بمعناه المتقدم - عن محل التزام الشريك الذى يتمثل فى الحصة التى تعهد بتقديمها إلى الشركة، ونرى أنه يجب أن تكون هذه الحصة ممكنة ومشروعة. فإذا كانت الحصة مستحيلة، كما لو كانت جواهر يستحيل الحصول عليها، أو كانت غير مشروعة، كالمخدرات - فإن عقد الشركة يكون باطلًا بطلانًا مطلقًا[١].

هذا بخصوص محل الشركة أما سبب عقد الشركة؛ فإنه يتجسد فى الباعث عليها، وهو الربح الذى يسعى إليه الشركاء، ولما كان الربح أمرًا مشروعًا فإن سبب الشركة يكون مشروعًا أيضًا. بيد أن الشركة تكون باطلة بطلانًا مطلقًا إذا لم تقم على هذا السبب. ويكون الأمر كذلك - مثلًا - إذا لم تنشأ الشركة لتحقيق الأرباح وإنما لمنافسة شركة أخرى بغرض هدمها، مع يقين الشركاء فى الشركة الأولى بأن شركتهم سوف تمنى بخسائر دائمًا وقبولهم لذلك؛ كيدًا للشركة الأخرى[٢].

ويضرب الدكتور السنهورى مثلًا آخر لبطلان سبب عقد الشركة بأن تكون أعمال الشركة منحصرة فى سلعة معينة بغرض الحصول على أكبر الكميات منها؛ لاحتكار السلعة وإعلاء سعرها؛ استغلالًا لهذا الاحتكار، أو أن يكون الغرض من الأعمال التى تقوم بها الشركة المضاربة غير المشروعة[٣].

وينبه الدكتور حسنى المصرى على عدم الخلط بين محل الشركة وسببها، بأنه قد يوجد المحل، وقد يكون ممكنًا ومشروعًا؛ كما لو كان نشاط الشركة متمثلًا مثلًا فى تجارة الملابس الجاهزة (نفس نشاط الشركة المنافسة فى المثال المذكور أولًا)، بيد أنها تعتبر - مع ذلك - شركة باطلة؛ لعدم قيامها على سبب شركة، وهو تحقيق الربح، وهو ما يعنى استقلال سبب الشركة عن محلها. ومن جهة أخرى لا يتعين الخلط بين سبب الشركة - بالمعنى السابق - وسبب التزام الشريك، فسبب الشركة

(١) ينظر القانون التجارى ص (٣٠، ٣١).
(٢) ينظر السابق ص (٣٢).
(٣) ينظر الوسيط ص (٢٥٤).

هو الربح ما سبب التزام الشريك بتقديم حصة هو التزام الشريك الآخر بتقديم حصته، وتكون الشركة باطلة بطلانًا مطلقًا - كما سنرى - إذا لم يلتزم أحد الشركاء بتقديم حصة من مال أو من عمل(١).

ويقول الدكتور السنهورى: وبطلان الشركة فى الأحوال المتقدمة هو بطلان مطلق، يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به، ويحكم به القاضى من تلقاء نفسه، ولا تلحقه الإجازة، ولا يسرى فى حقه التقادم؛ وذلك كله طبقًا للقواعد العامة المقررة فى البطلان المطلق.

فإذا كانت الشركة الباطلة لم تبدأ مباشرة أعمالها، جاز لكل شريك أن يتمسك ببطلانها، وأن يسترد حصته فى رأس المال التى يكون قد دفعها للشركة، ولا يستطيع أحد من الشركاء أن يلزم الباقى بالاستمرار فى الشركة.

أما إذا كانت الشركة الباطلة قد باشرت أعمالها، فجنت ربحًا أو تكبدت خسارة - فإنها تبقى باطلة بالرغم من ذلك. ويكون لكل شريك أن يسترد حصته من رأس المال.

أما فيما يتعلق بتقسيم الربح والخسارة على الشركاء، فالفقه فى فرنسا منقسم وكذلك القضاء: فتذهب أقلية من الفقهاء وأقلية من قضاة المحاكم إلى أن الشريك يقتصر على استرداد حصته من رأس المال دون أن يساهم لا فى الربح ولا فى الخسارة، والشريك أو الشركاء الذين تركز فى يدهم الربح أو تحملوا الخسارة يخلص لهم الربح أو يتحملون الخسارة وحدهم دون أن يشاركهم فى ذلك غيرهم من الشركاء.

ولكن الرأى الذى تغلب فى الفقه والقضاء فى فرنسا هو أن جميع الشركاء يساهمون فى الربح وفى الخسارة؛ حتى لا يثرى أحد من الشركاء دون حق على حساب الآخرين. والقاضى يوزع بينهم الربح والخسارة بحسب ما يراه عدلًا، فقد يكون التوزيع بنسبة حصة كل منهم فى رأس المال، وقد يكون بالنسبة المتفق عليها فى عقد تأسيس الشركة الباطلة. وعند ذلك لا يكون القاضى قد طبق هذه النسبة باعتبارها من اتفاق الشركاء، بل باعتبار أن هذه النسبة هى التى يراها عادلة.

---

(١) ينظر القانون التجارى ص (٣٢) .

أما العقود التى أبرمتها الشركة الباطلة مع الغير، إذا كانت صحيحة، فإنها تلزم جميع الشركاء، ولكن لا يتقدم الدائنون فى هذه العقود على الدائنين الشخصيين للشركاء.

وقد كان القضاء فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق يسير على الرأى الغالب فى الفقه والقضاء فى فرنسا. وفى عهد التقنين المدنى الجديد يمكن القول بأن هذا الرأى قد ازداد قوة؛ فإن هذا التقنين، فى المادة ٥٠٧/ ٢، نص صراحة فيما إذا كان البطلان راجعًا إلى الإخلال بالشكل على ما يأتى: «غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان». وإذا كان البطلان للشكل لا يقاس عليه البطلان لعدم المشروعية؛ لأن القانون هو الذى فرض الشكل وعين الجزاء على الإخلال به، إلا أنه يصح القول بأن نظرية الشركة الواقعية societe de fait هى الأساس فى كل شركة باطلة، سواء كان البطلان راجعًا لخلل فى الشكل أو خلل فى الموضوع. ففى جميع الأحوال تنقلب الشركة الباطلة إلى شركة واقعية، يستلهم القاضى فى تصفيتها الشروط المدونة فى عقد تأسيس الشركة، لا على أنها اتفاق بين الشركاء، بل على أنها تملى حلولًا عادلة لتصفية الشركة، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ونقتصر الآن بعد ما قدمناه على الكلام فى مناسبة محل الشركة، فى الحصص التى يتقدم بها الشركاء لتكوين رأس مال الشركة، وكيف يتعين نصيب كل شريك فى الربح أو فى الخسارة[1].

هذا، ويرتبط بما ذكرناه هاهنا من أركان الشركة وما ذكرناه آنفًا من مقومات الشركة فرعان هما:

الفرع الأول: حصة الشريك فى رأس مال الشركة.

ذكرنا فى أوائل هذا البحث أن هناك أربع مقومات للشركة يمكن استخلاصها من المادة ٥٠٥ من التقنين المدنى الجديد، هذه المقومات هى:

١ - تعدد الشركاء.

٢ - مساهمة كل شريك بحصة فى رأس مال الشركة.

---

(١) ينظر الوسيط ص (٢٥٤ - ٢٥٧).

٣ - نية الاشتراك.

٤ - مساهمة كل شريك فى الأرباح والخسائر.

وقد جعل الدكتور حسنى المصرى هذه المقومات الأربعة أركانًا موضوعية خاصة بعقد الشركة، وذكر أن تقديم الحصص يعد ركنًا ركينًا من أركان الشركة؛ فكما يلزم لوجود الشركة وجود شريكين على الأقل، فإنه لا توجد شركة ما لم توجد حصتان بالأقل. ويرجع ذلك إلى أن الشركة هى التجسيد القانونى للمشروع الاقتصادى، ولا يتصور قيام هذا المشروع ما لم يتوافر له عنصرا العملية الإنتاجية، وهما رأس المال Le Capital والعمل Le Travail، من أجعل ذلك قضت المادة ٥٠٥ مدنى بالتزام كل شريك «بتقديم حصة من مال أو من عمل» حتى يتوافر لمشروع الشركة هذان العنصران.

ولا يرد على هذا الركن أى استثناء؛ فهو واجب فى جميع الشركات ولو لم تكن متمتعة بالشخصية المعنوية: كشركات المحاصة، وواجب - أيضًا - فى الشركات الفعلية التى لا تتوافر لها الأركان الشكلية، كما أنه واجب على كل الشركاء فى الشركة؛ لأن عقد الشركة عقد معاوضة ويفرض على الشركاء التزامات متقابلة. لكن لا يشترط التزام كل شريك بتقديم حصة من مال وحصة من عمل معًا؛ بل يجوز أن تكون حصته «مالًا» أو «عملًا». ومع ذلك لا يجوز أن تكون جميع الحصص عملًا، بل يجب وجود حصة مالية على الأقل، حيث لا تتألف ذمة الشركة سوى من الحصص المالية التى تدخل فى تركيب رأسمالها الذى يمثل الضمان العام للدائنين؛ لذا لا توجد الشركة - فى ظل المادة ٥٠٥ مدنى - متى اقتصرت على مجرد التعاون Collaboration بين اثنين أو أكثر فى الاضطلاع بعمل ما: كالدفاع عن مصلحة مشتركة لهما، أو الدفاع عن مصالح الغير: كالتعاون بين اثنين من المحامين فى القيام بالمحاماة معًا، وذلك طالما لم يلتزم أحد المتعاقدين بتقديم حصة مالية.

ويشترط فى الحصة أن تكون حقيقة Eectif بأن تمثل بالنسبة للشركة قيمة مؤكدة Une Valeur certaine، أما إذا كانت الحصة وهمية Fictif؛ فإنها تجعل الشركة باطلة بطلانًا مطلقًا؛ لتخلف ركن تقديم الحصص.

ومثال الحصة الوهمية: أن يقدم الشخص مالًا ليس مملوكًا له، أو لم يعد مملوكًا له، ومع ذلك تعتبر الشركة صحيحة إذا كان هذا المال منقولا قدم إليها من شخص

حازه بسند صحيح وحسن نية، حيث تستطيع الشركة تلقى هذه الحيازة.

كذلك نرى - الكلام للدكتور حسنى المصرى -: أنه يجب أن تكون الحصة مشروعة وإلا بطلت الشركة، كما لو كانت الحصة موادَّ مخدرة أو أموالًا لا تجوز حيازتها أو ترويجها؛ لمخالفتها للنظام العام وحسن الآداب كالمجلات أو الكتب أو الشرائط التى تتضمن مصنفات خليعة أو فاضحة أو تنطوى على مساس بالذوق العام.

لكن لا يهم أن تكون حصص الشركاء متماثلة أو متساوية؛ إذ يتوقف الأمر على اتفاق الشركاء وطبيعة الاستغلال الذى تنشأ الشركة من أجله. والأصل: أن الشركاء أحرار فى تحديد مقدار رأس مال الشركة، ومع ذلك قد يتطلب القانون حدًّا أدنى من رأس المال كشرط لتأسيسها[١].

وقد ذكرنا فى كلامنا عن مقومات الشركة أن الحصة التى يقدمها الشريك قد تكون نقودًا، أو أوراقًا مالية، أو منقولات، أو عقارات، أو حق انتفاع، أو دينًا فى ذمة الغير، أو اسمًا تجاريًا، أو شهادة اختراع، أو عملًا، أو غير ذلك مما يصلح أن يكون محلًا لالتزام.

يقول الدكتور السنهورى: وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة، وقد كان التقنين المدنى السابق ينص عليه صراحة فى المادة ٤٢٠/ ٥١٢ فيقول: «يجوز أن تكون الحصة فى رأس المال نقودًا أو أوراقًا ذات قيمة أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع بشىء مما ذكر، ويجوز أن تكون عبارة عن عمل لواحد من الشركاء أو أكثر».

وليس من الضرورى أن تكون حصص الشراء متجانسة فى طبيعتها أو متساوية فى قيمتها؛ بل يصح أن يقدم أحد الشركاء مبلغًا من النقود ويقدم الآخر أوراقًا مالية ويقدم الثالث عقارًا ويقدم الرابع عملًا وهكذا، وتكون قيم كل حصة لا تعادل قيم الحصص الأخرى.

وتقدر حصة كل شريك بما تساويه قيمتها. وتعيين قيمة حصة كل شريك أمر هام فى عقد الشركة؛ إذ كثيرًا ما يتوقف على هذه القيمة معرفة نصيب الشريك فى الربح وفى الخسارة، ثم معرفة ما يصيب الشريك من رأس مال الشركة عند تصفيتها.

---

(١) ينظر القانون التجارى ص (٤١ - ٤٤).

ومن ثم وضع المشرع قرينة قانونية فى حالة ما إذا لم ينص عقد الشركة على تقدير حصص الشركاء ولا على طبيعة الحصة، فافترض أن الحصص جميعًا متساوية القيمة، وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به، فنصت المادة ٥٠٨ من التقنين المدنى على ما يأتى: «تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة، وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك».

ونقتصر هنا على إيراد ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص، فهو يقرر حكمين:

أ - افتراض المساواة فى قيمة الحصص؛ لأن توزيع الأرباح والخسائر يكون - كما سنرى - بنسبة الحصص، وذلك يتطلب معرفة قيمتها. ولا يقوم أى إشكال إذا كانت الحصة عبارة عن مبالغ أو أموال يسهل تقدير قيمتها. لكن يصعب الأمر إذا كانت الحصة عبارة عن عمل أو كانت مالًا لا يمكن تقدير قيمته إلا بعد مضى مدة ما. وما دام العقد لم يذكر شيئًا، وما دام هناك شك، فيجب أن نفترض تساوى الحصص فى القيمة. على أن هذه القرينة تقبل الإثبات العكسى طبقًا للقواعد العامة.

ب - افتراض أن الحصة واردة على المال لا على مجرد الانتفاع به: إذا لم يذكر فى عقد الشركة أن الحصة واردة على ملكية المال أو أنها واردة على مجرد الانتفاع به، ولم يمكن تبين ذلك من أى ظرف آخر؛ فيجب ما دام هناك شك أن نفترض أن الحصة واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به. ولكن هذه القرينة أيضًا يجوز إثبات عكسها. والتقنين الحالى (السابق) يأخذ بهذا الحكم فى المادة (٤٢١/ ٥١٣).

فإذا ذكر فى عقد تأسيس الشركة بيان عن حصة كل شريك وعن قيمة هذه الحصة، وجب الأخذ بذلك. وقد قدمنا أنه يجوز أن تختلف طبيعة كل حصة عن طبيعة الحصص الأخرى. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يجوز أن تكون الحصة عملًا يقوم به الشريك أو مالًا يقدمه. والمقصود بالعمل هو المجهود الشخصى للشريك تنتفع به الشركة. أما المال فهو بمعناه القانونى كل عنصر فى الذمة يقتطعه الشريك من ماله الخاص ويدخل فى رأس المال المشترك المملوك للشركة؛ فهو يشمل إذن الأموال المادية، منقولة أو عقارية، ثم

الأموال المعنوية كالحقوق الشخصية ومحل التجارة والملكية الأدبية وحقوق المؤلفين وشهادات الاختراع. كذلك يجوز أن تكون الحصة ملكية مال أو مجرد الانتفاع به.

فيمكن إذن أن تكون حصة الشريك مبلغًا من النقود، وهذا هو الغالب. كذلك يجوز أن تكون حصة الشريك عينًا معينة بالذات أو حقًا عينيًا على هذه العين، كما يجوز أن تكون حقًا شخصيًا فى ذمة الغير، أو حقًا من حقوق الملكية المعنوية كملكية فنية أو صناعية أو تجارية أو أدبية، أو التزامًا بعمل. ونستعرض كلًا من هذه الأنواع الخمسة:

أولًا - الحصة مبلغ من النقود:

تنص المادة ٥١٠ من التقنين المدنى على ما يأتى: «إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغًا من النقود ولم يقدم هذا المبلغ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء.

ويتبين من هذا النص أنه إذا كانت حصة الشريك مبلغًا من النقود، فإن الشريك بمجرد تمام عقد الشركة يصبح ملتزمًا نحوها - وسنرى أن الشركة شخص معنوى - بمقدار هذا المبلغ.

وتسرى القواعد العامة فى شأن هذا الالتزام من حيث وجوب الوفاء به، وكيفية الوفاء، والزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء. فإذا لم يحدد فى عقد الشركة أو فى اتفاق آخر ميعاد الوفاء بالالتزام - وجب على الشريك الوفاء به للشركة فورًا بمجرد تمام العقد، وإذا تحدد ميعاد للوفاء، وجب الوفاء فى هذا الميعاد. فإذا لم يوف الشريك بالتزامه فى ميعاده، ولم يقدم المبلغ من النقود الذى التزم بتقديمه حصة له فى رأس المال - أجبر على الوفاء به وفقًا للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن، ويكون ذلك بطريق الحجز على ماله وبيعه؛ لتقتضى الشركة منه المبلغ المستحق لها. ويكون الشريك فوق ذلك ملزمًا بدفع فوائد تأخير عن هذا المبلغ بالسعر المتفق عليه، فإذا لم يكن هناك اتفاق على السعر، وجبت الفوائد بالسعر القانونى، وهو فى الشركة المدنية ٤٪. وقد قررت المادة ٥١٠ مدنى فى صدد فوائد التأخير هذه استثناءين من القواعد العامة:

١ - تسرى فوائد التأخير من اليوم الذى كان يجب فيه على الشريك الوفاء بالمبلغ المستحق فى ذمته، دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار، وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن تسرى الفوائد من وقت مطالبة الشركة للشريك بحصته وبفوائدها مطالبة قضائية.

٢ - يجوز للشركة فوق مطالبة الشريك بفوائد التأخير على النحو المتقدم الذكر، أن تطالبه أيضًا بتعويض تكميلى إذا أثبتت أن ضررًا لحقها بسبب تأخر الشريك عن الوفاء بالتزامه، وأن هذا الضرر يزيد فى قيمته على فوائد التأخير. وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن الشريك لا يلتزم بدفع تعويض تكميلى إلا إذا ثبت أنه سيئ النية فى تأخره عن الوفاء (م ٢٣١ مدنى). وهذا الحكم الخاص بالشركة يبرره - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - «أن مجرد الإهمال من جانب الشريك قد يضر بحسن سير الشركة التى يجب أن تتوافر لها من وقت قيامها كل الأموال اللازمة».

ثانيًا - الحصة عين معينة بالذات:

تنص الفقرة الأولى من المادة ٥١١ من التقنين المدنى على ما يأتى: «إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر، فإن أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا هلكت أو استحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص».

ويتبين من هذا النص أن حصة الشريك قد تكون عينًا معينة بالذات، عقارًا أو منقولًا، وفى الفرضين قد تكون الحصة هى حق الملكية على هذه العين، أو أى حق عينى آخر غير الملكية كحق الانتفاع أو حق الرقبة أو حق الحكر؛ فيكون الشريك فى جميع هذه الأحوال ملتزمًا بمجرد عقد الشركة بنقل الملكية أو الحق العينى إلى الشركة، كما يلتزم البائع بنقل الحق المبيع إلى المشترى.

فإذا كانت الحصة عقارًا - ملكية أو أى حق عينى آخر على العقار - لا ينتقل الحق إلى الشركة إلا بالتسجيل، سواء كان ذلك فيما بين الشريك والشركة أو بالنسبة إلى الغير.

وإذا كانت الحصة منقولًا معينًا بالذات - ملكية أو أى حق عينى آخر على المنقول - فإن الشريك يصبح بمجرد عقد الشركة هنا أيضًا ملتزمًا بنقل هذ الحق إلى الشركة. وينفذ هذا الالتزام فورًا بحكم القانون؛ فيصبح الحق مملوكًا للشركة بمجرد عقد

تأسيسها، وذلك قبل التسليم. وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة (م ٢٠٤ مدنى).

وسواء كانت الحصة عقارًا أو منقولا - ملكية أو أى حق عينى آخر - فإن الشريك يلتزم بتسليمها إلى الشركة، وتسرى فى التسليم القواعد المقررة فى تسليم المبيع، من حيث الحالة التى يكون عليها الحق وقت التسليم وطرق التسليم والعجز فى المقدار والزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم.

كذلك تكون تبعة هلاك الحصة قبل التسليم على الشريك كما فى البيع، فإذا هلكت الحصة قبل تسليمها للشركة تحمل الشريك تبعة الهلاك، وله بالاتفاق مع سائر الشركاء أن يقدم حصة أخرى فى رأس المال؛ فيبقى فى الشركة. وإذا لم يتم الاتفاق بين الشركاء على تقديم الشريك حصة أخرى، أصبحت الشركة منحلة فى حق جميع الشركاء، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٥٢٧ مدنى فى هذا الصدد: «وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئًا معينًا بالذات، وهلك هذا الشىء قبل تقديمه، أصبحت الشركة منحلة فى حق جميع الشركاء» وسنعود إلى ذلك فيما يلى:

وكما يلتزم الشريك بتسليم حصته إلى الشركة وبتحمل تبعة الهلاك، كذلك يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية، على النحو الذى يلتزم به البائع بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية فى الشىء المبيع.

ثالثًا - الحصة حق شخصى فى ذمة الغير:

تنص المادة ٥١٣ من التقنين المدنى على ما يأتى: «إذا كانت الحصة التى قدمها الشريك هى ديونٌ فى ذمة الغير، فلا ينقضى التزامه للشركة إلا إذا استوفيت هذه الديون، ويكون الشريك فوق ذلك مسئولًا عن تعويض الضرر إذا لم توف الديون عند حلول أجلها».

ويتبين من هذا النص أن حصة الشريك قد تكون حقًا شخصيًا له فى ذمة الغير. ولما كان الشريك فى هذه الحالة ينقل الحق الذى له إلى الشركة عن طريق حوالة الحق، فإن القواعد والإجراءات المقررة فى حوالة الحق تسرى هنا، ويسرى بوجه خاص وجوب الحصول على رضاء مدين الشريك بالحوالة أو إعلانه بها؛ حتى تكون الحوالة نافذة فى حق هذا المدين، كما يجب أن يكون قبول المدين بالحوالة ثابتا بالتاريخ لنفاذ الحوالة فى حق الغير (م ٣٠٥ مدنى).

وللشركة قبل إعلان الحوالة للمدين أو قبولها منه أن تتخذ من الإجراءات ما تحافظ به على الحق الذى انتقل إليها (م ٣٠٦ مدنى)، وتشمل حوالة حق الشريك ضمانات هذا الحق كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط (م ٣٠٧ مدنى). ويكون الشريك مسئولًا عن أفعاله الشخصية ولو اشترط عدم الضمان (م ٣١١ مدنى).

غير أن نص المادة ٥١٣ مدنى السالف الذكر يورد استثناء من القواعد العامة المقررة فى حوالة الحق، فى صدد ضمان الشريك للحق الذى قدمه حصة فى رأس المال؛ ذلك أنه طبقًا لهذه القواعد العامة، إذا كانت الحوالة بعوض لم يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة؛ فلا يضمن يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان. وإذا ضمن يسار المدين لم ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك. وإذا رجع المحال له بالضمان على المحيل، لم يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

أما فى حالة ضمان الشريك للحق الذى قدمه حصة فى رأس مال الشركة، فإن الضمان أشد بكثير من الضمان المتقدم الذكر؛ إذا الشريك يعتبر - دون اتفاق - ضامنًا ليسار المدين فى الحال والاستقبال، فإذا لم تستوف الشركة الحق الذى للشريك فى ذمة الغير فى ميعاد استحقاقه، رجعت على هذا الشريك بكل قيمة هذا الحق، بل وترجع عليه - أيضًا - بتعويض تكميلى إذا أثبتت أنها قد أصابها ضرر يسبب التأخر فى استيفاء الحق.

ويبرر هذا الحكم: أن الشركة تكون قد اعتمدت على تكوين رأس مالها بمجرد تمام عقد تأسيسها، فإذا وقع تأخر فى استيفاء الحق الذى للشريك نقص رأس المال بمقدار هذا الحق، وقد يكون ذلك سببًا فى تعطيل أعمال الشركة وتكبدها خسائر من جراء ذلك.

وغنى عن البيان أن هذا الحكم ليس من النظام العام؛ فيجوز اتفاق الشريك مع سائر الشركاء على ألَّا يضمن إلا وجود الحق المحال به أو ألَّا يضمن إلا يسار المدين فى الحال دون الاستقبال.

رابعًا - الحصة ملكية فنية أو صناعية أو أدبية:

وقد تكون حصة الشريك ملكية فنية أو صناعية أو أدبية؛ فيقدم الشريك مثلًا براءة اختراع، أو اسمًا تجاريًّا، أو علامة تجارية، أو حقًّا من حقوق المؤلف المختلفة: كحق فى كتاب، أو فى قطعة موسيقية، أو فى عمل من الأعمال الفنية - ففى هذه الحالة تسرى القواعد المقررة فى شأن هذه الحقوق المعنوية، وهى قواعد صدرت بها قوانين خاصة؛ فتنتقل ملكية الحق المعنوى إلى الشركة، ويتحدد مدى هذا الحق، طبقًا للإجراءات والقواعد المقررة فى هذه القوانين.

على أنه يجب أن تكون الحصة فى هذه الحالة حقًّا معنويًّا تحدد مداه طبقًا للقانون. أما مجرد ما يكون للشريك من نفوذ أو يتمتع به من ثقة مالية، فلا يصح أن يقدمه حصة فى رأس المال.

وقد اختلف الفقه فى فرنسا فى جواز ذلك:

فذهب بعض الفقهاء إلى الجواز؛ لأن النفوذ أو الثقة المالية ييسر للشركة وسائل الائتمان؛ فتستطيع الحصول على قروض، ولذلك قيمة مالية محسوسة.

وذهب بعض آخر إلى عدم جواز ذلك؛ لأن النفوذ والثقة المالية ليسا بمال؛ فلا يصح أن يكون حصة فى الشركة، ولأنه قد يساء استعمال النفوذ أو الثقة المالية إلى حد الاستغلال.

وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بنص صريح يقضى بعدم جواز تقديم الشريك ما يكون له من نفوذ أو ما يتمتع به من ثقة مالية حصةً فى رأس مال الشركة؛ فقد نصت المادة ٥٠٩ من هذا التقنين على ما يأتى: «لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ أو على ما يتمتع به من ثقة مالية).

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وقد قصد المشروع أن يقطع برأى فى خلاف قائم فى الفقه والقضاء؛ لأنه إذا كان من المجمع عليه أن النفوذ الذى يتمتع به رجل سياسى أو موظف عمومى لا يعتبر حصة، إلا أن هناك من الفقهاء من يرى أن السمعة التجارية التى يتمتع بها شخص ما تعتبر حصة، ويجوز قبولها منه كنصيب فى رأس مال الشركة بغض النظر عن أية مساهمة عينية، بل حتى إذا لم يتعهد هذا الشخص بأن يقدم عمله للشركة (تالير وبيك شرح القانون التجارى سنة ١٩٢٥م جزء أول رقم ٢١، بلانيول وريبير جزء ٢ رقم ١٠٠٨، انظر

أيضًا: تقنين طنجة م ٨٤١، والتقنين المراكشي م٩٩٠ . على أننا نرى أن الحصة لا يمكن أن تكون إلا مالًا أو عملًا. وإذا كانت السمعة التجارية هى ثمرة العمل والنزاهة، فإنها مع ذلك ليست بمال؛ فهى لا يمكن تقديرها نقدًا، وليست قابلة للتملك، ولا تعتبر حصة إلا إذا انضم إليها مجهود الشخص ونشاطه (أو برى ورو ٤ فقرة ٣٧٧ - لوران جزء ٢٦ رقم ١٤٥).

خامسًا - الحصة التزام بعمل:

وقد تكون حصة الشريك التزامًا بعمل، وهذا الالتزام على نوعين: فهو إما أن يكون التزامًا بتمكين الشركة من الانتفاع بعين معينة، وإما أن يكون التزامًا بالقيام بخدمات معينة تدخل ضمن أعمال الشركة:

ففى الالتزام بتمكين الشركة من الانتفاع بعين معينة تنص الفقرة الثانية من المادة ٥١١ من التقنين المدنى على ما يأتى: «أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال، فإن أحكام الإيجار هى التى تسرى فى ذلك».

ويتبين من هذا النص: أن حصة الشريك قد تكون التزامًا منه بتمكين الشركة من الانتفاع مثلًا بمكان يملكه الشريك وتجعله الشركة مقرًّا لأعمالها. ففى هذه الحالة يبقى الشريك مالكًا للمكان، وتكون الشركة بمنزلة المستأجر لهذا المكان، وتقوم العلاقة ما بين الشريك والشركة بالنسبة إلى المكان كما لو كان هناك عقد إيجار؛ فيلتزم الشريك بتسليم المكان إلى الشركة، ويضمن لها التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية وتحمل تبعة الهلاك. وليس على الشركة أن تدفع أجرة للمكان؛ فإن انتفاعها به هو حصة الشريك فى الشركة وهى تملك هذه الحصة، ولكن على الشركة أن ترد المكان إلى الشريك فى نهاية المدة.

ويلاحظ فى العقار، إذا كانت المدة تزيد على تسع سنوات: أنه يجب التسجيل طبقًا للقواعد المقررة فى عقد الإيجار.

وفى الالتزام بالقيام بخدمات معينة تدخل ضمن أعمال الشركة، تنص المادة ٥١٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

١ - إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة عملًا، وجب عليه أن يقوم بالخدمات التى تعهد بها، وأن يقدم حسابًا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته العمل الذى قدمه حصة له.

٢ - على أنه لا يكون ملزمًا بأن يقدم للشركة ما يكون قد حصل عليه من حق اختراع، إلا إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

ويتبين من هذا النص أن الشريك قد تكون حصته فى رأس المال هى التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة، وهذه الأعمال لها قيمة مادية؛ فيصح أن تكون حصة فى رأس المال.

مثال ذلك: أن تكون الشركة تستغل مصنعًا، ويكون أحد الشركاء مهندسًا تدخل أعمال المصنع فى اختصاصه الفنى، فيتقدم بعمله شريكًا. ويصح أن يكون للشركة فرع فى جهة غير مقرها الأصلى، فيقوم الشريك بإدارة هذا الفرع، أو يقوم بالأعمال الفنية لهذا الفرع، ويكون عمله فى الحالتين هو حصته فى رأس المال. كما يجوز أن يكون مدير الشركة الفنى شريكًا، وحصته فى الشركة هى الإدارة الفنية التى يقوم بها.

ويلتزم الشريك فى جميع هذه الأحوال بأن يقوم بالأعمال التى أخذها على نفسه فى عقد تأسيس الشركة كحصته فى رأس المال بالعناية المألوفة التى يبذلها الرجل العادى فى مثل هذه الأعمال، ويكون مسئولًا عن تقصيره وفقًا للقواعد العامة. وإذا كان مشترطًا عليه أن يتفرغ لهذه الأعمال، لم يجز له أن يباشر عملًا آخر إلى جانبها. وإذا كان له أن يقوم بعمل آخر، لم يجز أن يكون هذا العمل من شأنه أن ينافس الشركة بحيث يضر بها. وإذا قام بالأعمال التى تعهد بها وكسب أجرًا عليها من الغير، وجب عليه أن يقدم للشركة حسابًا عن هذا الأجر فهو من حق الشركة.

وقد حرص المشرع أن يبين أن الشريك إذا كان أثناء قيامه بأعمال فنية للشركة كحصته فى رأس المال قد عثر على اختراع وكسب بذلك حق المخترع، فإن هذا الحق لا يدخل فى الحصة؛ بل يكون ملكًا خالصًا له، وذلك ما لم تكن الشركة قد اشترطت عليه من قبل أن يدخل هذا الحق فى حصته؛ فتكسب الشركة بهذا الاتفاق حق الشريك فى الاختراع.

ويلاحظ أنه يجب التمييز بين شريك يقدم حصته فى رأس مال الشركة عملًا، وبين عامل أو أجير للشركة يأخذ جزءًا من أجره مقدارًا من أرباح الشركة:

ففى الحالة الأولى يساهم الشريك فى أرباح الشركة وفى خسائرها، فإذا خسرت الشركة كانت مساهمته فى الخسارة عمله الذى قدمه للشركة؛ إذ لا يأخذ عليه أجرًا (انظر م٥١٥/ ٢ مدنى وسيأتى بيانها). أما فى الحالة الثانية فالعامل أو الأجير يساهم

فى الربح دون أن يساهم فى الخسارة؛ إذ إن عمله فى الشركة له دائمًا أجر معلوم، وقد سبق بيان ذلك[١].

الفرع الثانى - اقتسام الأرباح والخسائر:

يقول الدكتور حسنى المصرى: لقد تبلور ركن اقتسام الأرباح والخسائر فيما كان يعرف - قديمًا - بحق الأخوة **Jus Fraternitatis** الذى كانت تعتمد عليه الشركة فى القانون الرومانى، وكان مقتضى هذا الحق أن تكون المساواة مطلقة **egalite absolue** بين الشركاء فى اقتسام الأرباح والخسائر، غير أن المشرع الحديث قد هجر هذا المبدأ فلم يعد يشترط هذا المساواة التامة، بل أصبح يأخذ بمبدأ آخر أقل تشددًا، هو أن يكون نصيب الشركاء فى الأرباح والخسائر بحسب حصصهم فى رأس المال.

وفضلًا عن ذلك فإن المشرع لم يشأ فرض هذه القاعدة على الشركاء، وإنما ترك لهم حرية الاتفاق على ما يخالفها؛ ومن ثم يجوز اختلاف أنصبة الشركاء فى الأرباح والخسائر، كما يجوز ألا يكون نصيب كل منهم فيها بنسبة حصته فى رأس المال. وكل ما شغل اهتمام المشرع - فى هذا الصدد - أن يشارك جميع الشركاء فى الأرباح والخسائر، بحيث لا يجوز حرمان أحد الشركاء من الأرباح أو إعفاء أحد الشركاء من كل الخسائر، وهو ما يعرف بشرط الأسد **Clause Leonine** الذى يجعل عقد الشركة باطلًا برمته فى القانون المصرى[٢].

هذا وقد بينت المادتان ٥١٤، ٥١٥ من التقنين المدنى كيفية تعيين نصيب كل شريك فى الربح أو فى الخسارة، حيث نصت المادة ٥١٤ على ما يأتى:

«١ - إذا لم يعين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسارة، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال».

«٢ - فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح، وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة أيضًا، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب فى الخسارة».

---

(١) ينظر الوسيط ص (٢٥٧ - ٢٧٦).
(٢) ينظر القانون التجارى ص (٦٣، ٦٤).

«٣ - وإذا كانت حصة أحد الشركاء على عمله، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعًا لما تفيده الشركة من هذا العمل. فإذا قدم فوق عمله نقودًا أو أى شىء آخر، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه».

وتنص المادة ٥١٥ على ما يأتى:

«١ - إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها، كان عقد الشركة باطلًا».

«٢ - ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر، بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر على عمله»[(١)].

يتبين من هذه النصوص القانونية أن أمر توزيع الأرباح أو الخسائر على الشركاء يدور فى أطر ثلاثة هى:

الإطار الأول: تحريم شرط الأسد.

الإطار الثانى: إذا نص عقد الشركة على تعيين نصيب كل شريك.

الإطار الثالث: إذ لم ينص عقد الشركة على تعيين نصيب كل شريك.

وفيما يلى تفصيل القول فى هذه الأطر الثلاثة على أن نضيف إليها أمرًا رابعًا بخصوص توزيع أرباح الشركة من منظور الفقه الإسلامى:

أولًا: تحريم شرط الأسد.

ونناقش هذا الشرط من زاويتين:

الزاوية الأولى: من وجهة نظر القانون الوضعى.

الزاوية الثانية: من الوجهة الفقهية.

أولًا - موقف القانون الوضعى من شرط الأسد:

لئن كان المشرع قد ترك للشركاء حرية الاتفاق على طريقة توزيع الأرباح والخسائر فإن هذه الحرية - كما يقول: الدكتور حسنى المصرى -: تتقيد بشرط احترام طبيعة عقد الشركة ومقتضاها اشتراك جميع الشركاء فى الأرباح والخسائر؛ ولذلك قضت المادة (١/٥١٥) مدنى بأنه: «إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها كان عقد الشركة باطلًا»، باعتبار أن مثل هذا

---

(١) ينظر الوسيط ص (٢٧٦، ٢٧٧).

الاتفاق يتضمن شرط أسد يتعارض مع حق الأخوة.

وتطبيقًا لذلك يبطل عقد الشركة إذا تضمن الشرط الذى يقضى بأن يحصل أحد الشركاء على جميع الأرباح Totalite des Benefices أو الشرط الذى يقضى بحرمان أحد الشركاء من الأرباح كلية En Totalite، أو الشرط الذى يقرر لأحد الشركاء نسبة تافهة من الأرباح تخفى وراءها شرط أسد. وتمثل هذه الشروط الوجه الأول لشرط الأسد وهو حرمان أحد الشركاء من الأرباح.

أما الوجه الثانى لشرط الأسد فيتمثل فى إعفاء أحد الشركاء من الخسائر مطلقًا، ومقتضاه بطلان عقد الشركة إذا تضمن شرطًا يؤدى إلى هذه النتيجة.

وعلى هذا يبطل عقد الشركة إذا تضمن الشرط الذى يقضى بضمان أحد الشركاء لشريك آخر عدم تعرضه لأى خسائر، أو يضمن له استرداد حصته من الشركة بسعر أعلى من قيمة حصته فيها.

كذلك يبطل العقد إذا تضمن شرطًا يقرر لأحد الشركاء الحصول على مبلغ ثابت سنويًا بغض النظر عن خسائر الشركة. وتعتبر مثل هذه الشروط من شروط الأسد؛ لأنها تخول للشريك الذى تقررت لمصلحته استرداد حصته سالمة من الخسارة، الأمر الذى يتعارض مع طبيعة الشركة وحق الأخوة.

ولقد توسع القضاء الفرنسى فى تحريم شرط الأسد؛ فلم يقصره على شركات الأشخاص، وإنما سحبه على شركات المساهمة، كما لم يقصر التحريم على شروط الأسد التى ترد عند إبرام عقد الشركة، وإنما سحبه على ما يطرأ منها أثناء حياة الشركة.

وفى مقابل ذلك لاحظ هذا القضاء قسوة النتيجة التى يؤدى إليها شرط الأسد، وهى بطلان الشركة، فحاول تخفيفها كلما أمكن، وصورة ذلك: أنه قد اعتبر الشخص الذى اشترط إعفاء حصته من الخسائر مقرضًا وليس شريكًا؛ باعتبار توافر أركان عقد القرض فى علاقته بالشركة.

ولقد توجه المشرع الفرنسى اتجاه التخفيف فى القانون المدنى الجديد لسنة ١٩٧٨م، حيث قرر اعتبار شرط الأسد الذى يتضمنه العقد كأن لم يكن (المادة ١٨٤٤/١ - ٢)، مما يعنى بطلان الشرط وصحة العقد وهو حل لا يسمح به القانون المصرى.

تطبيق شرط الأسد على الشريك بالعمل - قضت المادة ٥١٥/ ٢م مدنى بأنه «يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر عن عمله».

وذهب رأى إلى أن إجازة هذا الاتفاق تعتبر استثناء من تحريم شرط الأسد.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الشريك بعمله فقط إذا لم يحصل على أجر فى مقابل عمله يكون قد فقد مجهوده الذى بذله فى هذا العمل متى منيت الشركة بخسائر، ومن ثم يكون قد ساهم فى الخسائر؛ تطبيقًا لتحريم شرط الأسد.

والرأى الأخير هو الأقرب - فى نظرنا - إلى الصواب؛ ذلك أن المادة ٥١٤/ ٣ مدنى قد قضت بأنه «إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعًا لما تفيده الشركة من هذا العمل». وليس ما يمنع فى ظل هذا النص ونص المادة ٥١٥/ ٢ مدنى من الاتفاق فى عقد الشركة على أن يحصل الشريك الذى لم يقدم سوى عمله على مبلغ ثابت - أخطأ المشرع تسميته أجرًا - بصفة دورية اقتطاعًا من أرباحه فى الشركة تحت شرط رد هذا المبلغ إلى الشركة فى حالة الخسائر. ونعتقد أن هذا هو المقصود من عبارة المادة ٥١٥/ ٢ مدنى السالفة الذكر. فإذا صح هذا التفسير، وقام ذلك الشريك برد ما قبضه إلى الشركة فى حالة الخسائر - فإنه يكون قد ساهم فى الخسائر بفقده لمجهوده؛ لذا تعد المادة ٥١٥/ ٢ مدنى تطبيقًا خاصًا لتحريم شرط الأسد على حالة الشريك الذى لم يقدم سوى عمله، ولا تتضمن استثناء له من هذا التحريم[١].

ثانيًا - موقف الفقه الإسلامى من شرط الأسد:

يقول الدكتور السيد على السيد: يتفق موقف القانون الوضعى مع بعض المذاهب الإسلامية فى صدد هذا الشرط، حيث يرتب الشافعية والحنابلة فساد العقد، إذا تضمن شرطًا يختص بمقتضاه أحد الشركاء بالربح:

فيقول الرملى من الشافعية[٢]: «فلو قال قارضتك على أن كل الربح لك، فقراض فاسد؛ لمخالفته مقتضى العقد، وله أجرة مثله؛ لأنه عمل طامعًا، وسواء فى ذلك أكان عالمًا بالفساد أم لا؛ لأنه حينئذ طامع فيما أوجبه له الشرع من الأجرة، خلافًا

(١) ينظر القانون التجارى ص (٦٤ - ٦٧).
(٢) ينظر نهاية المحتاج (٤/ ١٦٥).

لبعض المتأخرين.

وقيل: قراض صحيح؛ نظرًا للمعنى.

وإن قال المالك: كله لى، فقراض فاسد؛ لما مر، ولا أجرة له وإن ظن وجوبها.

وقيل: هو إبضاع، أى: توكيل بلا جعل.

ويقول ابن قدامة من الحنابلة[(١)]: «وإن قال: خذه مضاربة والربح كله لك أو كله لى، فهو فاسد، وبه قال الشافعى... ولنا: أن المضاربة تقتضى كون الربح بينهما، فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح، فقد شرط ما ينافى مقتضى العقد ففسد؛ كما لو شرط الربح كله فى شركة العنان لأحدهما. ويفارق إذا لم يكن مضاربة».

وبذلك يقول الزيدية والإمامية[(٢)].

أما المالكية فيعتبرون هذا الشرط جائزًا، وعلى ذلك يخلص الربح لمن شرط له، وفى ذلك يقول صاحب الشرح الكبير[(٣)]: «وجاز الربح، أى: جعله كله لأحدهما: رب المال، أو العامل.. وحينئذ خرج عن كونه قراضًا حقيقة، وضمنه - أى: ضمن العامل - مال القراض فى اشتراط الربح له... لأنه حينئذ كالقراض انتقل من الأمانة إلى الذمة بشرطين: إن لم ينفه العامل عن نفسه بأن شرط عليه الضمان فسكت... ولم يسم قراضًا، فإن سماه بأن قال: اعمل فيه قراضًا والربح لك، فلا ضمان عليه، وشرط عليه الضمان. لكنه مع اشتراط الضمان يكون قراضًا فاسدًا».

ولعل فيما قاله صاحب الشرح الكبير ما يوضح جواز اشتراط حصول أحد العاقدين على كل الربح دون أن يكون هذا الشرط فاسدا. وبالتالى يصح عقد القراض.

ولكنه يقرر أن العقد الذى يتضمن هذا الشرط لا يكون قراضًا حقيقية، ومع ذلك فلا ضمان على صاحب الحصة بالعمل فى هذا العقد مع اشتراط الربح كله له، طالما أن العقد قد انعقد بصيغة القراض، فإن شرط عليه الضمان صار القراض فاسدًا.

وهذا يوحى بأن القراض صحيح ولا يفسد إلا باشتراط الضمان على صاحب

---

(١) المغنى (٥/ ٣١) .

(٢) ينظر البحر الزخار (٤/ ٨٢)، ومسائل الخلاف (١/ ٢٤٨) .

(٣) (٣/ ٤٥٩) .

الحصة بالعمل.

وقد يكون فى هذا تناقض حيث لا يكون هذا العقد - كما يقول - شركة قراض حقيقة، ومع ذلك تطبق أحكامه.

وقد صرح الدسوقى[1] تعقيبًا على ذلك بأن العقد فى هذه الحال خرج عن كونه قراضًا إلى أن يكون هبة، وأن تسميته قراضًا من قبيل المجاز؛ ولذلك فهو يرى أن تطبق على هذا العقد أحكام الهبة.

ولعل ما عبر به ابن المواز يكون أكثر وضوحًا واتساقًا؛ حيث لم ير أن العقد الذى لم يتضمن اشتراط الربح لأحد أطرافه قد خرج عن كونه قراضًا حقيقة، وقد نقل عنه المواق فيما يلى: «إن قال رب المال للعامل حين دفع له المال: خذه قراضًا، والربح لك، جاز، وكان الربح للعامل، ولا يضمن المال إن خسره أو تلف، والقول فيه قول العامل. وإن لم يقل: قراضًا، وإنما قال: خذه واعمل به والربح لك جاز أيضًا وهو ضامن للخسارة»[2].

وهذا الرأى يتفق مع ما يروى عن الإمام مالك من أنه قال: إن «من أعطى رجلًا مالا يعمل له على أن الربح للعامل ولا ضمان على العامل لا بأس به»[3].

وهكذا يتضح أن القراض إذا تضمن الشرط الذى يحصل بمقتضاه أحد عاقديه على جميع الربح ينعقد صحيحًا، وهو ما يرويه الباجى بقوله: «يجوز شرط كل الربح لأحدهما فى مشهور مذهب مالك»[4].

أما المذهب الحنفى فيذهب - خلافًا للمذاهب الثلاثة - إلى تصحيح العقد الذى يتضمن شرط اختصاص صاحب الحصة بالعمل أو أصحاب حصص رأس المال بالربح كله؛ عملًا بالمعنى.

فإذا كانت مقارنة هذا الشرط للعقد تحول دون تصحيحه شركة مضاربة؛ فيصحح عقدًا آخر.

وبذلك يصل الحنفية إلى النتيجة المنطقية بأسلوب تغلب عليه الصياغة القانونية

---

(١) ينظر السابق .

(٢) ينظر التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل (٥/ ٣٦٧) .

(٣) ينظر حاشية الخرشى (٦/ ٢٣٤) .

(٤) ينظر التاج (٥/ ٣٦٣) .

الدقيقة، على خلاف البعض من المالكية الذين رأوا أن هذا العقد قد سمى قراضًا تسمية مجاز، وأنه يعتبر عقد هبة. وإن كان هذا القول يشير إلى أن العقد صورى، وأنه يخفى فيما وراءه عقدًا حقيقيًّا هو عقد الهبة، إلا أن الطريق الذى سلكه الحنفية وهو الاعتداد بالمعانى دون الألفاظ، هو الأسلوب الذى يبرز فيه المنطق القانونى، والذى يتفق مع القواعد العامة فى العقود، كما يتسم بالبساطة والوصول المباشر إلى النتيجة.

وفى ذلك يقول الكاسانى[١]: «ولو شرط جميع الربح للمضارب، فهو قرض عند أصحابنا، وعند الشافعى - رحمه الله - هى مضاربة فاسدة، وله أجرة مثل ما إذا عمل... ولنا: أنه إذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصحح قرضًا؛ لأنه أتى بمعنى القرض، والعبرة فى العقود بمعانيها. وعلى هذا: إذا شرط جميع الربح لرب المال فهو إبضاع عندنا؛ لوجود معنى الإبضاع.

وعلى هذا يصحح عقد المضاربة المقترن باشتراط كل الربح لصاحب الحصة بالعمل عقد قرض؛ فلا تكون يده يد أمانة، بل يد ضمان؛ فيدخل المال فى ضمانه ولو تلف دون تعد منه أو تفريط؛ وفقًا لأحكام عقد القرض.

ويصحح إبضاعًا إذا اشترط كل الربح لصاحب حصة المال، والإبضاع: هو تسليم أموال الشخص إلى آخره للتجارة فيها على سبيل الإعانة، بلا مقابل من أجر أو ربح؛ فهو من عقود التبرع.

ولذلك إذا تضمن عقد المضاربة هذا الشرط كان العامل متبرعًا بعمله، وصار العقد عقد تبرع بالمتاجرة فى مال صاحبه، وتكون يده يد أمانة؛ فلا يدخل المال فى ضمانه إلا بتعدٍّ أو تفريط.

وعلى ذلك يكون تصحيح العقد اعتبارًا للمعنى الذى تضمنه تطبيقًا من تطبيقات نظرية تحوُّل أو انقلاب العقد، والتى تتلخص فى أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر؛ فيتحول التصرف الذى قصد إليه المتعاقدان - وهو التصرف الباطل - إلى التصرف الذى توافرت عناصره، وهو التصرف الصحيح الذى كان يمكن أن تنصرف إليه إرادة المتعاقدين لو علما أن التصرف الأصلى باطل.

---

(١) ينظر البدائع (٦/ ٨٦).

هذه هى نظرية تحول العقد التى دخلت نطاق القانون الوضعى فى القرن التاسع عشر على أيدى الفقهاء الألمان، وأخذ بها التقنين المدنى المصرى الجديد؛ حيث لم يكن فى التقنين القديم نص يقررها. هذه النظرية الحديثة جدًّا فى القانون عرفها الفقه الإسلامى وقررها منذ عصوره الأولى، ويقول عنها الأستاذ مصطفى الزرقا: «ومما يتصل بالآثار الاستثنائية للعقد الباطل ما يكون من انقلاب العقد أحيانًا إلى عقد آخر صحيح فى بعض الأنظار الفقهية؛ فإن العقد الذى يعتبر باطلًا فى موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر لا يتنافى مع غرض العاقدين؛ فينصرف إليه وإن اعتبر باطلًا فى موضوعه المتعاقد عليه.

ذهب فريق من الفقهاء إلى هذا الانقلاب؛ تنزيلًا على القاعدة العامة القائلة: العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى.

وما ذكره الكاسانى معبرًا به عن رأى المذهب الحنفى ليس إلا أخذًا بهذا النظر الفقهى الذى يتمشى مع احتياجات استقرار التعامل بتغليب مقاصد المتعاقدين التى يظهر أنهما كانا يقصدانها لو علما بطلان التصرف الأصلى، وكأنه يحمى إرادة المتعاقدين من الآثار المترتبة على البطلان.

وقد ظهر فى المذهب الشافعى آراء تتكلم عن تحول عقد المضاربة الفاسدة إلى عقد قرض أو إبضاع[1].

وكذلك لعل ما قاله الدسوقى من المالكية بخروج عقد المضاربة عن كونه قراضًا إلى أن يكون هبة، فى الحالة التى يتفق فيها على حصول صاحب الحصة بالعمل على كل الربح أو حصول أصحاب حصص رأس المال عليه - لعل هذا القول يعتبر تعبيرًا ضمنيًّا عن النظرية[2].

وبذلك فالحصة بالعمل التى تقدم فى شركة يتضمن عقدها شرطًا باختصاص أحد أطرافه بجميع الربح لا تبقى لها طبيعة الحصة فى الشركة؛ لأن الشركة نفسها لا وجود لها وفقًا لهذا العقد. وتكون الحصة فى هذه الفروض عملًا لحساب صاحبه إذا كان شرط الربح كله له، وعملًا مقدمًا على سبيل الإعانة والتبرع؛ إذا كان الربح

---

(١) ينظر نهاية المحتاج (٤/ ١٦٥).
(٢) ينظر حاشية الدسوقى (٣/ ٤٥٩).

قد اتفق على أن يختص به كله رب المال[١].

ثانيًا: إذا نص عقد الشركة على تعيين نصيب كل شريك من الأرباح والخسائر.

إذا اتفق الشركاء فيما بينهم على تحديد نصيب معين لكل شريك من الأرباح والخسائر، ونصوا على ذلك فى عقد الشركة - فإنه يؤخذ بهذا التحديد، ويعمل به عند توزيع الأرباح أو الخسائر.

يقول الدكتور السنهورى: وليس من الضرورى أن يتعين نصيب الشريك فى الربح معادلًا لنصيبه فى الخسارة؛ فقد يكون نصيب أحد الشركاء فى الخسارة أكبر من نصيبه فى الربح إذا كان مثلًا مديرًا للشركة، أو العكس.

كذلك ليس من الضرورى أن يكون نصيب الشريك فى الربح أو فى الخسارة متناسبًا مع قيمة حصته فى رأس المال، أو متناسبًا مع ما تفيده الشركة من هذه الحصة إذا كانت عملًا، بل يجوز أن يزيد النصيب أو ينقص عن ذلك. وفى هذه الحالة قد ينطوى عقد الشركة على هبة غير مباشرة للشريك الذى زاد نصيبه فى الربح أو نقص نصيبه فى الخسارة، وتكون الهبة صحيحة دون حاجة إلى ورقة رسمية؛ لأنها هبة غير مباشرة، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

تعيين النصيب فى الربح وحده أو فى الخسارة وحدها:

وقد يقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك فى الربح وحده، فعند ذلك يكون نصيبه فى الخسارة معادلًا لنصيبه فى الربح، ولو لم يكن متناسبًا مع قيمة حصته فى رأس المال؛ ذلك أن تعيين النصيب فى الربح قرينة على أن هذا هو النصيب أيضًا في الخسارة؛ إذ الربح يقابل الخسارة، ومن العدل أن تكون مساهمة الشريك فى كل من الربح والخسارة بقدر واحد ما دام عقد الشركة لم ينص على اختلاف ما بين النصيبين.

وكذلك يكون الحكم فيما إذا اقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك فى الخسارة، فإن هذا يكون هو أيضًا نصيبه فى الربح؛ للاعتبارات المتقدمة الذكر.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥١٤ مدنى على هذه الأحكام صراحة، فقد رأيناها تقول: «فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح، وجب اعتبار

---

(١) ينظر الحصة بالعمل ص (٢٨٠ - ٢٨٣).

هذا النصيب فى الخسارة أيضًا، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب فى الخسارة»[١].

ثالثًا: إذا لم ينص عقد الشركة على تعيين نصيب كل شريك من الأرباح والخسائر.

يقول الدكتور السنهورى: فإذا سكت عقد الشركة عن تعيين نصيب الشريك فى الربح أو فى الخسارة، فالمفروض أن يكون نصيبه فى ذلك أو فى هذه بنسبة حصته فى رأس المال؛ وذلك يستلزم تقويم هذه الحصص، فإذا لم تكن مقومة منذ البداية فى عقد الشركة ولم تكن من النقود، تم تقويمها بالاتفاق ما بين الشركاء جميعًا، فإذا اختلفوا قوم الخبراء حصة كل منهم.

وعند الشك يفترض تساوى الأنصبة (م ٥٠٨ مدنى)، ويمكن تصور ذلك إذا كانت الحصص كلها عبارة عن عمل يقدمه الشركاء.

فإذا لم يمكن تقويم الحصص، أو قام شك فى هذا التقويم - قسمت الأرباح والخسائر بالتساوى بين الشركاء. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١٤ مدنى على طريقة التوزيع هذه؛ فقد رأيناها تقول: «إذا لم يعين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال».

نصيب الشريك فى الربح والخسارة إذا كانت حصته عملًا:

وإذا سكت عقد الشركة عن تعيين نصيب الشريك فى الربح والخسارة، وكانت حصة هذا الشريك عملًا يقدمه للشركة، فقد سبق القول: إن هذا العمل تقدر قيمته تبعًا لما تفيده الشركة من هذا العمل، وبقدر هذه القيمة تكون حصة الشريك فى رأس المال. ومن ثم يكون نصيب الشريك فى الربح وفى الخسارة بنسبة حصته فى رأس المال مقومة على هذا النحو. وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٤٣١/ ٥٢٥) يقضى بأن يقوم العمل الذى قدمه الشريك حصة فى رأس المال بمقدار يساوى أقل حصة من الحصص العينية التى قدمها الشركاء؛ وذلك حسمًا للنزاع فى تقويم العمل. وقد اقترح فى لجنة الشيوخ إبقاء العمل بهذا الحكم، ولكن اللجنة رفضت هذا الاقتراح؛

---

(١) ينظر الوسيط للسنهورى ص (٢٨٠ - ٢٨٢).

«لأن فيه إجحافًا بحق الشريك الذى تكون حصته مقصورة على عمله، وقد يكون هذا العمل أهم ما فى الشركة. وليس يكفى لتبرير الرجوع إلى الحكم المعيب المقرر فى التقنين السابق الاستناد إلى تيسير حسم المنازعات؛ لأن هدف التشريع الأول ينبغى أن يكون عدالة الحكم، أما هذا التيسير فيأتى فى الدرجة الثانية».

فإذا كان الشريك الذى قدم عمله حصة فى رأس مال الشركة قدم فوق ذلك نقودًا أو أى شىء آخر، كان له نصيب فى الربح أو فى الخسارة عن عمله مقومًا على النحو المتقدم، ونصيب آخر فى الربح أو فى الخسارة عما قدمه فوق عمله من نقود أو أى شىء آخر.

وقد وردت هذه الأحكام صراحة فى الفقرة الثالثة من المادة ٥١٤ مدنى؛ فقد رأيناها تقول: «وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعًا لما تفيده الشركة من هذا العمل. فإذا قدم فوق عمله نقودًا أو أى شىء آخر، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه»[(١)].

رابعًا: توزيع أرباح الشركة

من منظور الفقه الإسلامى مقارنة بالقانون الوضعى

يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أنه إذا تضمن عقد الشركة تحديد أنصباء الشركاء من الأرباح - فإنه يعمل بهذا التحديد بشرط ألا يجحف هذا الاتفاق بأحد منهم؛ فيحرمه من الأرباح أو أن يكون نصيبه تافهًا بحيث يخفى وراءه حرمانًا منها، وألا يحابى أحد الشركاء أو بعضهم فيستأثر بكل الربح.

يقول الدكتور السيد على السيد: إلا أن الاختلاف بعد ذلك فيما بين الفقه الإسلامى والقانون يظهر بوضوح؛ حيث أباح القانون الاتفاق على توزيع الأرباح بين جميع الشركاء ولو تفاوتت نسب الربح الموزع مع الحصص التى قدمت، ولو لم يكن لهذا التفاوت أى مبرر.

فالمهم لدى القانون أن يحصل كل شريك على نصيب من أرباح الشركة، ولكن لا اعتبار لقدر هذا النصيب، فسواء كان قليلًا أو كثيرًا صح الاتفاق الذى يقرره. كل

---

(١) ينظر: السابق ص (٢٨٥ - ٢٨٨).

ما هنالك أن تلك القلة أو الكثرة لا يجب أن يكون من ورائها هدف الحرمان من أقسام الربح أو الاستئثار به جميعًا.

أما الفقه الإسلامى فالقاعدة عنده - وهى قاعدة ملزمة - وجوب تناسب النسب الموزعة من الربح مع الحصص المالية المقدمة من الشركاء؛ فلا يجوز أن يحصل شريك على ربح يزيد على نسبة ما قدم من مال، وإلا فمعنى ذلك أنه يحصل على ربح مال غيره، دون وجه حق. ومن هنا يتضح أن المساواة التى تتضمنها نية الاشتراك، لا تقتصر فى الفقه الإسلامى على تساوى الشركاء المجرد فى المركز القانونى قبل الشركة، بمعنى انتفاء رابطة التبعية فيما بينهم؛ إنما هى تمتد لتلحق بالحقوق التى يرتبها عقد الشركة، كما تلحق بالواجبات أيضًا، وفى ذلك تحقيق لمبدأ العدالة فيما بين أطراف عقد تتفق مصالحهم ولا تتعارض.

فهذه القاعدة تقضى على أى نفوذ قد ينشأ ولو كان نتيجة لتقديم أحد الشركاء معظم رأس مال الشركة؛ وذلك باعتبارها السبيل الحقيقى لإيجاد فكرة المساواة فيما بينهم؛ فإن حصول أحد الشركاء على معظم أرباح الشركة يجعله فى مركز يستطيع منه أن يكون القوة الفعالة المحركة بحيث يظهر بقية الشركاء إلى جانبه وكأنهم من الأتباع.

وعن هذه القاعدة يقول الشيرازى (المصنف): «ويقسم الربح... على قدر المالين؛ لأن الربح نماء مالهما... فإن شرطا التفاضل فى الربح مع تساوى المالين، أو التساوى فى الربح مع تفاضل المالين - لم يصح العقد؛ لأنه شرط ينافى مقتضى الشركة»[1].

على أن هذه القاعدة ليست فقط عند مذاهب الشافعية والمالكية وأهل الظاهر وزفر من الحنفية؛ بل هى مطردة التطبيق لدى المذاهب الأخرى - أيضًا - مع اختلاف بسيط فى نطاق التطبيق: فمذاهب الحنفية والحنابلة والزيدية ورأى للإمامية قد جعلت للعمل فى شركات الأموال وضعًا متمايزًا، يترتب عليه تخصيص قدر من الأرباح له إذا زاد على مقدار العمل العادى الذى يكلف به جميع الشركاء، أو إذا

---

(١) ينظر المهذب (١/ ٣٤٧)، والمدونة (١٢/ ٦٢)، والمبسوط (١١/ ١٥٦)، والمحلى (٨/ ١٢٥).

انفرد بالعمل أو إدارة الشركة أحد الشركاء دون الآخرين؛ فيكون له فى مقابل العمل أو الإدارة حصة من الربح بالإضافة إلى حصة ربح ماله.

وتخصيص حصة من الربح للعمل الزائد - كمًّا كانت زيادته أو كيفًا - لا يخل بالقاعدة، ولا تختل معه حقوق بقية الشركاء، بل على العكس يتأكد به تطبيق قاعدة المساواة بين الشركاء تطبيقًا كاملًا.

وبيان ذلك: أنهم سيجنبون لحصة العمل - التى تكونت من عمل أحدهم الزائد - جزءًا من الربح، ثم يقسم الباقى على الحصص المالية وفقًا لنسبتها فى رأس المال.

أو أنهم - وهذا ما يصرحون به أحيانًا - يعطون للذى زاد عمله ربح ماله كله؛ إذ إنه قدم ماله وعمل فيه، كما يعطى أيضًا ما يقابل عمله فى مال الآخرين، وهو يعطاه من نصيبهم فى الربح.

فالنظر الفاحص إلى رأى هذه المذاهب يدل على إمعانها فى التمسك بقاعدة المساواة، وحرصها على تحقيق القسط الأكبر من العدالة بين الشركاء بحيث يمكن القول: إن الربح يقسم بين الشركاء - وفقًا لما يراه علماء جميع المذاهب - بالتطبيق لقاعدة التناسب بين الربح ومقدار الحصص المالية.

ويقول محمد بن الحسن الشيبانى: «والربح بينهما على ما اصطلحا عليه؛ لأنه قد يكون أحدهما أبصر بالشراء والبيع، فيأخذ فضل الربح لفضل البصر؛ فهذا لا بأس به»[1].

ويوضح السمرقندى الحنفى طريقة التوزيع فيقول: «إن شُرط العمل على الذى شرط له فضل فى الربح جاز؛ لأنه عامل فى ماله وربحه له، وعامل فى مال شريكه ببعض ربحه والربح يستحق بالعمل. وإن شرط العمل على أقلهما ربحًا خاصة لا يجوز؛ لأنه شُرِط للآخر فضلٌ بغير عمل ولا ضمان»[2].

وإذا كان اتفاق الشركاء على اقتسام الربح مقيدًا بالتزام هذه القاعدة، بحيث لا يصح الاتفاق على خلافها - فإذا وقع هذا الاتفاق بطل وحده عند الحنفية والحنابلة،

---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٦)، والمغنى (٥/ ٢٧)، والبحر الزخار (٤/ ٩٥).

(٢) ينظر: الأمالى ص (٤١)، والمغنى (٥/ ٦٥).

وهو يكون كذلك لو شرطت زيادة الربح دون زيادة من عمل أو مال. ويمتد بطلان الشرط إلى الشركة بأسرها فيبطلها عند الشافعية والمالكية وأهل الظاهر والزيدية والإمامية[1]، ويكون الشرط باطلًا عند الشافعية والمالكية وأهل الظاهر لو شرطت زيادة الربح ولو فى مقابلة زيادة فى العمل.

أما فى حالة سكوت الشركاء عن ذكر طريقة توزيع الربح، فإن القاعدة - كما يقرر الدكتور السيد على السيد -: سواء فى الفقه الإسلامى أو القانون الوضعى أن يوزع الربح وفقًا لنسبة الحصص فى رأس المال. ومع ذلك ففى الفقه الإسلامى رأى يقول بإفساد الشركة ذاتها إذا أغفل عقدها كيفية توزيع الربح، ويجدر بنا أن نشير إلى أن عند أصحاب هذا الرأى يكون توزيع ما يتحقق من الربح قبل إفساد الشركة وفقًا لنسبة الحصص المالية.

ونعرض لبعض الأقوال التى تمثل الاتجاهين:

يقول ابن قدامة من الحنابلة[2]: «والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة فى وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح إلا أنهما إذا أطلقاها، ولم يذكرا الربح كان بينهما على قدر المالين» فالشركة - وفقًا لهذا الرأى - تظل قائمة صحيحة رغم إغفال عقدها طريقة توزيع الأرباح، وبهذا النظر يأخذ الشافعية والمالكية[3].

أما الحنفية فتفسد عندهم الشركة إذا لم يتضمن عقدها ذكر أنصبة الشركاء فى الربح؛ وذلك بسبب الجهالة التى تفضى إلى النزاع. وفى ذلك يقول الكاسانى[4]: «أن يكون الربح معلوم القدر؛ لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالته توجب فساد العقد...».

ومثل هذا الرأى يقول به صاحب كشاف القناع[5] من الحنابلة، وعلى هذا يكون فى المذهب الحنبلى رأيان يمثلان الاتجاهين.

---

(١) ينظر: المهذب (١/ ٣٤٧)، والمدونة (١٢/ ٦٢)، والمحلى (٨/ ١٢٥)، والبحر الزخار (٤/ ٩٢)، ومسائل الخلاف للطوسى (١/ ٢٤٧).
(٢) (٥/ ٣٣).
(٣) ينظر: أسنى المطالب (٢/ ٢٥٨)، والشرح الصغير (٢/ ١٥٠).
(٤) ينظر البدائع (٦/ ٥٨).
(٥) (٢/ ٢٥٤).

على أن الرأى الأول، وهو الذى يبطل الشرط وحده دون أن يمتد إلى الشركة ذاتها يتفق والمنطق ومقتضيات عقد الشركة، ويساير قاعدة التساوى بين الربح ونسبة الحصة فى رأس المال؛ فعدم ذكر أنصبة الشركاء فى الربح لا يؤدى بالضرورة إلى الجهالة المفضية للنزاع؛ لأن القاعدة الأصلية فى توزيع الربح هى قاعدة التناسب بين الحصة فى رأس المال والنصيب من الربح؛ فكأن إرادة الشركاء حين سكتت عن ذكر كيفية التوزيع بين نصوص العقد، تؤكد خضوعها للقاعدة، ولا سيما أنها قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها. كما قد يدل هذا السكوت على عدم وجود تفاضل فى العمل، وإلا حرص صاحبه على توكيد حقه.

ويتفق القانون الوضعى مع الرأى الأول، وهو رأى غالبية مذاهب الفقه الإسلامى؛ فالشركة عنده صحيحة، ويكون الأساس فى نسبة التوزيع هو حصص الشركاء فى رأس المال، وقد تضمنت هذه القاعدة المادة ٥١٤ مدنى فى فقرتها الأولى - السالفة الذكر - لكن ماذا يكون وضع حصة العمل فى الأحوال التى يسكت الشركاء فيها عن ذكر نصيبها من أرباح الشركة؟ هذا ما أوضحنا موقف القانون الوضعى منه فيما سبق، والآن نحاول التعرف على الموقف الفقهى، وما يتطلبه بالنسبة لتقدير نصيب هذه الحصة من الربح، وفى هذا يقول الدكتور السيد على السيد: رأينا كيف يحكم الفقه الإسلامى الوضع الذى يسكت فيه الشركاء عن النص فى عقد الشركة عن الكيفية التى انعقد عليها اتفاقهم لتوزيع الربح. ولا صعوبة إذا لم يكن هناك سوى الأموال قد قدمت من الشركاء حصصًا فى رأس مال الشركة؛ فنسبة حصصهم ستكون الأساس الذى يوزع الربح بمقتضاه. أما وجود حصص عمل فى هذه الحال فيثير الصعوبة؛ لأن النص على نصيب حصة العمل من الربح ينطوى على تقويم هذه الحصص إذا لم يكن قد تم تقويمها من قبل.

وفى هذا الصدد نلاحظ تشدد الفقه الإسلامى فى وجوب تقدير نصيب حصة العمل من الربح، والنص عليه فى عقد شركة المضاربة، حتى لو سكت عن ذلك فسدت الشركة عند البعض، وهى تفسد عند الجميع لو أدى الاتفاق إلى جهالة مقدار الربح الموزع.

ونرى فى ذلك رعاية للشريك صاحب الحصة بالعمل؛ لأنه يستحق نصيبه فى الربح بالاتفاق. وتقدير النصيب فى الربح إنما يترتب فى الواقع على تقويم العمل

ذاته، وتقويم العمل لا يمكن أن يكون باتخاذ موقف سلبى وهو ما يحدث إذا سكت عنه؛ فكانت الحاجة إلى الشرط فى حق هذه الحصة ظاهرة.

وكذلك يجب أن يكون الشرط مانعًا من الجهالة؛ حتى لا يفضى إلى النزاع.

وعلى ذلك إذا تضمن العقد ذكر نصيب صاحب حصة العمل من الربح دون ذكر نصيب أصحاب حصص رأس المال، صح العقد عند الجميع؛ لأن أنصبة رأس المال من الربح تتبع المال المقدم من كل شريك، باعتبارها نماء لهذا المال.

فلو تعدد الشركاء أصحاب الحصص المالية يكون نصيبهم من الربح هو الباقى بعد نصيب حصة العمل، فيوزع عليهم بقدر ما قدموا من حصص فى رأس المال.

وتفسد شركة المضاربة - أيضًا - إذا لم يذكر كيفية اقتسام الربح أصلًا، بمعنى إغفال العقد لذكر نصيب أى طرف من الأطراف؛ لأنه فى هذه الحالة يفتقد ما يساعد على تقدير نصيب حصة العمل.

ونفصل ذلك بأقوال بعض علماء المذاهب، ونبدأ بالقاعدة الأساسية فى ذلك.

الفرع الأول - وجوب تحديد حصة العمل من الربح:

يتفاوت العمل المكون لحصة فى تكوين شركة، من شركة إلى أخرى، وبالتالى من شريك إلى آخر؛ ولذلك كان حرص الفقه الإسلامى على تقدير نصيب الحصة بالعمل فى عقد الشركة من الربح شديدًا؛ وذلك حتى يضمن لأصحاب العمل حقهم دونما نزاع يشجر بينهم وبين سائر الشركاء، وسنرى فى أقوال علماء هذا الفقه ما يوضح هذا الحرص:

فالسرخسى من الحنفية يقول[1]: «لأن المضارب (صاحب حصة العمل) يستحق الربح بالشرط، فأما رب المال فإنما يستحق الربح باعتبار أنه نماء ملكه؛ فمطلق الشرط ينصرف إلى جانب من يحتاج إليه» وهكذا يوضح هذا النص حاجة العمل إلى التقدير والتقويم، حتى إنه يرى أنه إذا شرط نصيب من الربح دون أن ينسب إلى أى من الشركاء، كان هذا النصيب المشروط للحصة بالعمل؛ حيث إنها هى التى تحتاج إلى التقويم وتقدير النصيب من الربح؛ لأن رأس المال يسهل تقديره، وبالتالى تطبيق القاعدة العامة عليه؛ فيوزع باقى الربح وفقًا لأنصبة الشركاء فى رأس المال.

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٢/ ٢٣).

ويقول صاحب نهاية المحتاج من الشافعية[١] : «ويشترط اختصاصهما بالربح؛ فيمتنع شرط بعضه لثالث ما لم يشرط عليه العمل معه... واشتراكهما فيه ليأخذ المالك بملكه والعامل بعمله... والقول بأنه لا حاجة لهذا (اشتراكهما فيه) ؛ لأنه يلزم من اختصاصهما به - مردود بمنع اللزوم؛ لاحتمال أن يراد باختصاصهما به ألا يخرج عنهما وإن استأثر به أحدهما؛ فتعين ذكر الاشتراك... (ثم يقول): لانصراف مالم يشرط للمالك بحكم الأصل.

والحطاب من المالكية يقول[٢] : «ومعرفة الجزء الذى تقارضا عليه من ربحه وكونه مشاعًا لا مقدرًا بعدد...».

ويقول ابن قدامة الحنبلى[٣] : «ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل؛ لأنه يستحق بالشرط، فلم يقدر إلا به... (ثم يقول فى موضع آخر): أو قال بالثلث أو الربع صح (أى: دون أن يضاف هذا النصيب إلى أى منهما)، وكان تقدير النصيب للعامل؛ لأن الشرط يراد لأجله؛ فإن رب المال يستحق بماله لا بالشرط، والعامل يستحق بالعمل، والعمل يكثر ويقل. وإنما تتقدر حصته بالشرط؛ فكان له».

لعل فى هذه النصوص ما يبرز مدى أهمية الشرط بالنسبة للشريك بالعمل، فصاحب حصة العمل يجب أن يذكر نصيب عمله من الربح؛ لأن السكوت عنه قد لا يوصل إلى التقدير الحقيقى لهذا العمل، لا سيما أن الأشخاص يختلفون - فى العمل الواحد - من حيث الأداء وكيفيته، ومن حيث الطاقة التى يمكن بذلها لإنجاز أعمال الشركة.

إذن فالاتفاق على نصيب الشريك بالعمل من الأرباح وذكر ذلك صراحة فى العقد يعتبر ضروريًّا بالنسبة لهذا الشريك؛ لأن تقدير الربح عبارة عن تقويم لقدر العمل وهو أصلًا غير معلوم. وذلك على اختلاف الحصص المالية وهى معلومة القدر بطبيعتها، مالم تكن حصصًا عينية تحتاج إلى التقويم، فمع ملاحظة أن مذاهب الفقه الإسلامى منعت أن يكون رأس المال فى شركة المضاربة حصصًا عينية - عقارًا أو عرضًا، مالم يتم بيعها قبل بداية النشاط - فالحصص المالية ترتبط بها نسبة الربح

---

(١) (٤/١٦٥، ١٦٦) .
(٢) ينظر: مواهب الجليل (٥/٣٥٨) .
(٣) (٥/٢٩، ٣٠) .

زيادة أو نقصا. أما العمل فلا بد من تقويمه حتى يمكن تقدير الربح الذى يعادله فيكافأ به. وهذا هو المقصود من أن صاحب حصة العمل يستحق الربح بالشرط. وقد لمس ابن قدامة طبيعة الحصة بالعمل حين قال: «والعمل يكثر ويقل».

الفرع الثانى - تحديد نصيب حصص رأس المال من الربح دون نصيب الحصة بالعمل:

قد يسكت الشركاء عن ذكر نصيب حصة العمل من أرباح الشركة فى العقد، ومع هذا يتفقون على نصيب أصحاب حصص رأس المال، ويتضمن العقد ذكر هذا النصيب. وهذا يترتب عليه فساد عقد الشركة عند البعض. بينما يرى البعض الآخر أن الشركة تكون بذلك فاسدة من حيث القياس، ولكن يعدل عنه استحسانًا؛ باعتبار أن تحديد نصيب المال يوصل إلى تحديد نصيب العمل من الربح.

وفى ذلك يقول السرخسى[1]: «ولو قال: على أن لرب المال ثلث الربح، ولم يسم للمضارب شيئًا - فهذه مضاربة فاسدة فى القياس؛ لأنهما لم يبينا ما هو محتاج إليه وهو نصيب العامل من الربح... (فبحسب الأصل يفسد العقد، ولكن يصحح استثناء من هذا الأصل).. ووجه الاستحسان: أن عقد المضاربة عقد شركة فى الربح، والأصل فى المال المشترك: أنه إذا بين نصيب أحدهما كان ذلك بيانًا فى حق الآخر أن له ما بقى».

وللمالكية ما جاء فى المدونة[2]: «قال ابن وهب: أخبرنى يونس عن أبى الزناد أنه لا يصلح أن تدفع إلى الرجل مالًا مضاربة وتشترط من الربح خاصة لك دونه ولو كان درهمًا واحدًا، ولكن تشترط نصف الربح لك ونصفه له أو ثلث الربح لك وثلثاه له أو أكثر أو أقل».

ويقول الرملى من الشافعية[3]: «ولو قال: لى النصف مثلًا، وسكت عما للعامل - فسد فى الأصح؛ لانصراف الربح للمالك أصالة؛ لأنه نماء ماله دون العامل؛ فصار كله مختصًا بالمالك.

والثانى: يصح، ويكون النصف الآخر للعامل».

---

(١) ينظر المبسوط (٢٢/ ٢٥) .
(٢) (١٢/ ٨٩) .
(٣) ينظر نهاية المحتاج (٤/ ١٦٦) .

ويقول ابن قدامة الحنبلى[1]: وإن قدر نصيب رب المال. . . ولم يذكر نصيب العامل - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأن العامل إنما يستحق بالشرط، ولم يُشترط له شيء؛ فتكون المضاربة فاسدة.

والثاني: يصح، ويكون الباقى للعامل، وهذا قول أبى ثور وأصحاب الرأى؛ لأن الربح لهما لا يستحقه غيرهما، فإذا قدر نصيب أحدهما منه، فالباقى للآخر من مفهوم اللفظ؛ كما علم من قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] ولم يذكر نصيب الأب؛ فعلم أن الباقى له.

هكذا يولى الفقه الإسلامى عناية كاملة بهذا الموضوع فيقرر وجوب تحديد نصيب حصة العمل من الربح؛ إذ هو نتاج العمل والمال. ولما كان قدر المال معلومًا، فلا بد أن يقدر العمل حتى يكون مصدرا الربح معلومين محددين.

وتقدير العمل قد يأتى ضمنًا فى ذكر تقدير نصيبه من الربح، فتحديد هذا النصيب يتضمن تقويم العمل الذى يقوم به صاحب العمل؛ إذن فهو تقويم لهذه الحصة إذا لم يذكر تقويمها صراحة.

ومن ذلك يتضح أن العمل والمال من حيث الحق فى اقتسام الربح يتساويان باعتبارهما مصدرين له، حتى إن بعض هؤلاء العلماء لم يكتف بذكر اختصاص صاحبيهما بالربح، بل نص على ضرورة اشتراكهما فيه؛ وذلك مخافة أن يستأثر أحدهما به.

وقد رأى البعض أن عدم ذكر نصيب حصة العمل من الربح - مع ذكر حصة رأس المال منه - يفسد عقد الشركة، وذلك عند المالكية، وفى أصح الرأيين لدى الشافعية.

أما الحنفية فالأصل عندهم أن مثل هذا العقد فاسد، ولكن تصحيحه يأتى استثناء من هذا الأصل؛ لأن فيما يورده العقد من ذكر نصيب الحصص المالية من الربح ما يعتبر وسيلة للوصول إلى معرفة نصيب حصة العمل؛ فكأن الشركاء قد اتفقوا أن نصيبها هو الباقى.

---

(١) المغنى (٥/ ٢٩، ٣٠) .

ويتكلم ابن قدامة من الحنابلة عن وجود وجهين فى هذا الشأن:

أحدهما: يفسد العقد.

والثانى: يعتبره صحيحًا.

وقد قدم دليلًا على الرأى الثانى الآية الكريمة فى ميراث الأبوين لمن لا ولد له.

ولكن أغلب الظن أن هذا الرأى لا يسعف حلًا إذا كانت حصص العمل متعددة ولم تذكر نسبة الأنصبة بينهما، فكيف يوزع الباقى من الربح بعد نصيب الحصص المالية بين حصص العمل، وقد رأينا أن العمل يختلف من شخص لآخر؛ فكأن تصحيح عقد شركة المضاربة فى الحالات التى يذكر فيها نصيب الحصص المالية فقط دون حصص العمل مع تعددها، لا يؤدى إلى توزيع سليم ما لم يذكر نسب التوزيع بين حصص العمل.

وبفساد الشركة يصير أصحاب حصص العمل أجراء فى إجارة فاسدة، ويستحقون مقابلًا لعملهم يتمثل فى أجر المثل.

الفرع الثالث - ما يفضى إلى الجهالة فى تحديد نسب الربح:

رأينا (فيما سبق) تشدد الفقه الإسلامى فى وجوب تحديد نصيب حصة العمل من الربح وذكر هذا النصيب فى العقد، كما رأينا موقف هذا الفقه فى الحالات التى يكتفى فيها بالنص فى عقد الشركة على أنصبة حصص المال، ولا يتضمن العقد أنصبة حصص العمل.

ولم يكتف الفقه الإسلامى بذلك؛ بل رأى أن يكون تحديد أنصبة الربح بعيدًا عن الجهالة، مبرءًا مما يفضى إلى النزاع. وهذا يتفق مع قصده إلى رعاية وسائل استثمار المال، وحمايتها مما يعرقل سيرها إلى غرضها الذى يحقق مصالح أطرافها ومصالح المجتمع فى وقت واحد.

وجهالة الربح تتعدد أسبابها:

فقد تكون بسبب السكوت عن ذكر نسب الربح أصلًا، فلا يذكر نصيب أى من الشركاء، أو كيفية التوزيع.

وكذلك يكون الربح مجهولًا إذا ذكر النصيب بلفظ عام غير محدد بنسبة معينة: كأن يذكر فى العقد أن للشريك صاحب الحصة بالعمل نصيبًا من الربح، أو شركًا فيه، أو جزءًا منه.

وكذلك إذا ذكرت الأنصبة مقدرة بالنسب، ولكنها مترددة بين أكثر من نسبة: كأن ينص على أن للشريك صاحب حصة العمل الثلث أو الربع.

هذه أمثلة تتحقق فيها الجهالة بالربح ومن شأن هذه الجهالة الإفضاء إلى النزاع، وهو ما قصد الفقه الإسلامى حماية هذا النوع من التعامل منه؛ لأن الجهالة المفضية إلى النزاع يترتب عليها فساد العقد.

وعن ذلك يقول الكاسانى[١]: «يجب إعلام مقدار الربح؛ لأن المعقود عليه هو الربح، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد».

ويقول الباجى من المالكية[٢]: إن القراض مبنى على الأجزاء، فإذا اشترط فيه عددًا مستثنى أدخل الجهالة فى الأجزاء المشترطة؛ فلا يعلم حينئذ مقدارها، ولا يعلم كل منهما جزءه من الربح؛ فلم يتقدر بجزء ولا بعدد؛ فوجب أن يبطل، والله أعلم.

ويورد ابن قدامة رأى المذهب الحنبلى بقوله[٣]: «وإن قال: خذه مضاربة ولك جزء من الربح، أو شركة فى الربح، أو شىء من الربح، أو نصيب، أو حظ - لم يصح؛ لأنه مجهول، ولا تصح المضاربة إلا على قدر معلوم».

ونجد ما يراه الشافعية عند صاحب نهاية المحتاج[٤]: فلو قال: قارضتك على أن لك أو لى فيه شركة أو نصيبًا أو جزءًا أو شيئًا من الربح... أو على أنك إن ربحت ألفًا فلك نصفه أو ألفين فلك ربعه - فسد القراض فى جميعها؛ للجهل بقدر الربح فى الأربعة الأولى وتعيينها الأخيرة.

وفى كل ما سبق يتفق الشيعة مع أهل السنة فيما يذهبون إليه بصدد تحديد أنصبة الربح[٥].

وهكذا تؤدى الجهالة التى تكتنف تحديد أنصبة الربح - لإفضائها إلى النزاع، شأنها فى ذلك شأن السكوت الكامل عن ذكر أنصبة الشركاء جميعًا، سواء أصحاب

---

(١) ينظر: البدائع (٦/ ٨٥).
(٢) ينظر المنتقى (٥/ ١٦٠).
(٣) ينظر المغنى (٥/ ٣٠).
(٤) (٤/١٦٦).
(٥) ينظر: البحر الزخار (٤/ ٨٢).

حصص رأس المال أو مقدمى حصص العمل - إلى فساد عقد الشركة عند جميع مذاهب الفقه؛ فيبطل هذا العقد نتيجة للنقص الذى انطوى عليه.

وقد يتفق الشركاء على تحديد الأنصبة فى الربح الذى يوزع عليهم، ولكنهم يحددون نصيب أحدهم أو أكثر بمبالغ معينة. وهذا الاتفاق يفسد الشركة أيضًا؛ لأنه قد يترتب عليه استئثار أحدهم بكل الربح فى الأحوال التى قد لا تحقق الشركة فيها ربحًا إلا بقدر المبالغ المعينة التى شرطت له، أو فى حدودها، وهو ما يطلق عليه الفقهاء تعبير: (قطع الشركة فى الربح)، أى: حرمان بعض الشركاء من اقتسام الأرباح بالرغم من تحققها، وهو ما يدخل ضمن ما يعرف فى نطاق القانون الوضعى بشرط الأسد الذى سبق بيانه. وفى ذلك يقول الكاسانى: «أن يكون المشروط لكل واحد منهما... من الربح جزءًا شائعًا: نصفًا، أو ثلثًا، أو ربعًا، فإن شرطا عددًا مقدرًا... لا يجوز والمضاربة فاسدة... وهذا شرط يوجب قطع الشركة فى الربح؛ لجواز ألا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور؛ فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر، فلا تتحقق الشركة؛ فلا يكون التصرف مضاربة».

ويقول ابن قدامة: «إنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم، مثل: أن يشترط لنفسه جزءًا وعشرة دراهم - بطلت الشركة.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة[1].

تتمة فى وقت توزيع الأرباح:

لقد كانت القاعدة قديمًا أن يحصل توزيع الأرباح فى نهاية الشركة، لكن لوحظ أن هذه القاعدة يصعب تطبيقها فى الوقت الحاضر؛ إذ عادة ما تكون مدة الشركة طويلة نسبيًا؛ فيكون من العنت بالشركاء إلزامهم بالانتظار حتى تنتهى الشركة؛ لذا يجرى العمل الآن على توزيع الأرباح على فترات دورية عادة ما تتحدد بسنة مالية، وهو ما يتمشى مع ما يقتضيه القانون من إصدار الميزانيات السنوية وحسابات الأرباح والخسائر.

---

(١) ينظر: المغنى (٥/ ٣٤)، ونهاية المحتاج (٤/ ١٦٦)، ومفتاح الكرامة (٧/ ٤٥٤)، والبحرالزخار (٤/ ٩٣)، والحصة بالعمل ص (١٤٣ - ١٥١).

ويجوز الاتفاق على القيام بتعويض الخسائر أولًا بأول من حصص الشركاء، لكن الغالب تعويض الخسائر أو دفع الديون الممثلة لخسائر من احتياطيات الشركة، فإن لم تكف فمن رأس مالها الذى تمثله الموجودات، فإن لم يكف فيجوز للدائنين الرجوع على الشركة المتضامنين - إن وجدوا - مجتمعين أو منفردين؛ لأنهم يسألون عن ديون الشركة بصفة تضامنية وشخصية وغير محدودة[1].

قاله الدكتور حسنى المصرى.

ويقول الدكتور السنهورى: جرت العادة بأن تعد ميزانية سنوية للشركة أثناء قيامها، وما ينتج من ربح فى العام يوزع بين الشركاء.

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «من أولى حقوق الشريك حقه فى المطالبة بنصيب فى الربح الصافى للشركة، ولكن متى يجوز للشريك أن يطالب بحقه فى الربح؟ يقرر الشركاء عادة عند انحلال الشركة ما إذا كان هناك ربح أو خسارة، ثم يحصل التوزيع: انظر م ٥٦٤ فقرة أولى من التقنين البولونى.

على أنه جرت العادة - أيضًا - بأن تعمل ميزانية سنوية للشركة، وما ينتج من ربح يوزع على الشركاء. وقد أقر التقنين البولونى (م ٥٦٤/ ٢) هذه العادة.

على أن الأمر يتعلق بعرف ثابت مستقر جرى العمل على اتباعه حتى لو لم يذكر شىء فى نظم الشركة؛ ولذلك لم نر حاجة للنص عليه.

كذلك بالنسبة للخسائر تقضى القواعد العامة بداهة بأنها توزع على الشركاء عند انحلال الشركة، كما لا يقسم أى ربح بينهم إلا بعد تغطية الخسائر[2].

المبحث الثالث

الشخصية المعنوية للشركة

ينص القانون على اعتبار جميع الشركات فيما عدا شركات المحاصة شخصيات معنوية، وبناء عليه تعتبر الشركة شخصًا مخاطبًا بأحكام القانون، ويثبت لهذه الشخصية اسم وموطن وجنسية وأهلية وإرادة معبرة، وذمة مالية مستقرة.

---

(١) ينظر القانون التجارى ص (٦٨، ٦٩).

(٢) ينظر الوسيط للسنهورى ص (٢٧٩، ٢٨٠).

وتولد هذه الشخصية المعنوية للشركة بمجرد عقد الشركة فى كثير من الأحيان، وفى أحيان أخرى قد يتطلب القانون اتخاذ إجراءات معينة لميلادها.

وفى هذا المبحث نحاول الإلمام بالجوانب المتعددة للشخصية المعنوية للشركات فى القانون الوضعى، وفى الفقه الإسلامى من خلال مطلبين:

المطلب الأول: الشخصية المعنوية للشركة فى نطاق القانون الوضعى.

المطلب الثانى: الشخصية المعنوية للشركة فى نطاق الفقه الإسلامى.

المطلب الأول

الشخصية المعنوية للشركة فى نطاق القانون الوضعى

تنص المادة ٥٠٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ - تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصًا اعتباريًا، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التى يقررها القانون».

«٢ - ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها».

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، وكان القضاء فى عهد هذا التقنين منقسمًا: تارة يقرر للشركة المدنية الشخصية المعنوية، وتارة ينكرها عليها.

ولكن القضاء المصرى فى عهد التقنين السابق، قضى بعد تردد بأن الشركات المدنية تعتبر أشخاصًا معنوية، واستند القضاء المصرى فى إقرار الشخصية المعنوية للشركة إلى المواد ٤١٩/ ٥٢٢ و ٤٤١/ ٥٤٣ و٤٦١/ ٥٦٠ من التقنين المدنى السابق، وتنص المادة الأخيرة على ما يأتى: «الدائنون للشركة مقدمون عند توزيع الثمن ودفعه على مداينى أشخاص الشركاء»، وهذا دليل على أن للشركة شخصية معنوية يتقدم بمقتضاها دائنو الشركة على الدائنين الشخصيين للشركاء.

وتنص المادة ٥٣ مدنى على ما يأتى:

«١ - الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازمًا لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك فى الحدود التى قررها القانون.

٢ - فيكون له:

أ - ذمة مالية مستقلة.

ب - أهلية فى الحدود التى يعينها سند إنشائه أو التى يقررها القانون.

ج - حق التقاضى.

د - موطن مستقل. ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز إدارته. والشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز إدارتها - بالنسبة إلى القانون الداخلى - المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية.

٣ - ويكون له نائب يعبر عن إرادته»[١].

وفى ضوء هذه النصوص القانونية نحصر حديثنا عن الشخصية المعنوية للشركة فى نطاق القانون الوضعى - فى مسألتين:

المسألة الأولى: مفهوم الشخصية المعنوية للشركة.

المسألة الثانية: الآثار المترتبة على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة.

أما المسألة الأولى - فعن مفهوم الشخصية المعنوية للشركة يقول الدكتور حسنى المصرى:

تثبت الشخصية المعنوية La Personalite morale لكل وحدة اجتماعية تنشأ من أجل غرض اقتصادى أو اجتماعى أو ثقافى مشترك؛ فيكون لهذه الوحدة وجود قانونى خاص بها ومستقل عن الأعضاء المكونين لها، مما يجعلها أهلًا للدخول فى العلاقات القانونية التى تكسبها حقًّا أو تحملها التزامًا. فالشخصية المعنوية - أو الاعتبارية - لا تختلف، والحال كذلك، عن الشخصية القانونية La Personaliae juridique التى يتمتع بها الشخص الطبيعى Personne Physique، من حيث كونها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، إنما تتميز الشخصية المعنوية بأنها تثبت لشخص معنوى Personne morale كالشركة أو الجمعية أو الهيئة أو المؤسسة العامة.. إلخ.

ولقد تنازعت الشخصية المعنوية ثلاث نظريات هى: نظرية الحقيقة، ونظرية الذمة المخصصة، ونظرية الخيال.

فوفقًا لنظرية الحقيقة Theorie de la realite - وقد قال بها عديد من فقهاء القانون العام - تعتبر الشخصية المعنوية حقيقة نفسية وتاريخية؛ فلا يملك المشرع

---

(١) ينظر السابق (٢٨٨ - ٢٩١) .

سوى الاعتراف بها؛ إقرارًا منه بوجودها كحالة واقعية Un etat de fait، تلك الحالة التى تتمثل فى وجود ضمير جماعى وغرض أو مصلحة مشتركة يلتف حول أعضاء الجماعة Le Groupe، وهذه الجماعة لا سبيل إلى إنكارها؛ بدليل أن وجود الجماعة والملكية الجماعية أسبق تاريخيًا من وجود الفرد والملكية الفردية.

لكن يعيب هذه النظرية أنها إذ تركز على الضمير الجماعى والمصلحة المشتركة تغفل أهمية إرادة الفرد بالنسبة لتكوين الجماعة وأهمية مصلحته الخاصة التى دفعته إلى الانضمام إليها، فليس من شك فى أنه إذا تعارضت هذه المصلحة الخاصة مع المصلحة المشتركة فإن الفرد قد لا يتردد فى الانسحاب من الجماعة بإرادته المنفردة، الأمر الذى قد يضعف الجماعة وقد يعرضها للانهيار متى كانت قائمة على الاعتبار الشخصى.

ووفقًا لنظرية الذمة المخصصة Theorie de Patrimoine a attectation لا تعدو الشركة أن تكون ذمة تتضمن أموالاً معينة خصصها الشركاء بإراداتهم لتحقيق غرض محدد Un opjet determine: كإنشاء واستغلال مشروع ما، وهذا التخصيص هو الذى يبرر استقلال ذمة الجماعة عن ذمم أعضائها، كما يبرر ضرورة وجود مديرين أو وكلاء يعبرون عن إرادتها وموطن خاص بها.

وواضح أن هذه النظرية - بعكس الأولى - تنكر وجود أو أهمية وجود الشخصية المعنوية أصلًا بحسبان أن فكرة الذمة المخصصة لغرض معين تغنى عن فكرة الشخصية المعنوية، لكن يعيب نظرية الذمة المخصصة أنها لا تفسر لماذا يتمتع كل شريك قبل الشركة بمجرد حق منقول droit meuble يتمثل فى حق الشريك فى الإدارة والرقابة واقتسام الأرباح والخسائر . . . إلخ، وذلك حتى لو كان المال المقدم إلى الشركة عقارًا Un immeuble، وهو أمر لا يمكن تفسيره إلا بالقول بأن الشركة تمتلك هذا المال كشخص معنوى متميز تمامًا عن أشخاص الشركاء.

وفضلًا عن ذلك، فإذا كانت تشريعات بعض الدول تسمح بقبول فكرة الذمة المخصصة - كالتشريع الألمانى - فإنه لا يجوز قبول هذه الفكرة فى القانونين الفرنسى والمصرى؛ حيث يقومان على مبدأ أساسى ومهم هو مبدأ وحدة الذمة Unite de patrimoine.

أما وفقًا لنظرية الخيال Theorie de la fiction فتعتبر الشخصية المعنوية

للشركة ضربًا من ضروب الخيال، أو تعتبر - إن شئت - ضربًا من ضروب الافتراض أو الفن القانونى، فالشخصية المعنوية وسيلة قانونية مناسبة Un procede juridique commode تمكن الشركة من الدخول فى العلاقات القانونية والظهور أمام الغير كشخص قانونى متميز عن الشركاء، وهو ما لا يمكن الوصول إليه سوى باعتبار الشركة أهلًا بذاتها لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

ويعنى اعتبار الشخصية المعنوية «وسيلة قانونية»: أنها لا تتقرر إلا بنص القانون؛ ومن ثم يملك المشرع منحها لبعض المجموعات ومنعها من بعضها الآخر بحسب ما يتراءى له من اعتبارات الملاءمة وظروف الحال.

ومتى كان للمشرع الخيار بين منح الشخصية المعنوية أو منعها كان له - من باب أولى - تحديد شروط اعترافه بها ونطاق أهليتها؛ لأن من يملك الأكثر يملك الأقل.

وفى ذلك تختلف نظرية الخيال عن نظرية الحقيقة؛ إذ بينما يعتبر اعتراف المشرع بالشخصية منشئًا لها وفقًا للنظرية الأولى؛ فإنه يعد كاشفًا عنها وفقًا للنظرية الثانية، يقول الدكتور حسنى المصرى: ونحن نميل إلى نظرية الخيال؛ لأنها هى التى تنسق والحالة الراهنة للقانون الوضعى؛ إذ يتولى هذا القانون بيان المجموعات التى يعترف لها بالشخصية المعنوية، وهو الذى يحدد شروطها ويتولى تنظيمها فى ميلادها وحياتها وانقضائها؛ ولذلك فإن هذه النظرية هى السائدة فى مصر وفرنسا.

شروط الشخصية المعنوية:

ولئن كان المشرع يعترف للشركات بالشخصية المعنوية فإنه لا يجب اتخاذ هذه الشخصية ستارًا أو قناعًا Une masque يخفى وراءه تحديدًا لمسئوليته لا يقره القانون. فإذا منع القانون على الأجنبى الفرد مباشرة التجارة فى مصر إلا بشروط معينة تتعلق مثلًا بتحديد مجال الاستثمار وطبيعة المال المستثمر والحصول على موافقة الهيئة العامة للاستثمار... إلخ - فإنه لا يجوز للأجنبى الفرد التحايل على ذلك بتأسيس شركة يمتلك ٩٥٪ من حصصها أو أسهمها، فيستتر وراء شخصيتها المعنوية ويتخذها قناعًا فى مباشرته للتجارة فى مصر بدون اتباع الشروط والإجراءات التى تطلبها القانون، فإذا حصل ذلك وجب القول: إن البطلان يلحق الشركة كشخص معنوى بأثر رجعى؛ فلا يكون له وجود فى الماضى أو المستقبل مع عدم الإضرار بالغير حسن النية de bonne foi.

ويكون الأمر كذلك - من باب أولى - إذا كان الغرض من إنشاء الشركة كشخص معنوى مباشرة تجارة غير مشروعة أو مخالفة للنظام العام وحسن الآداب: كالاتجار فى المخدرات أو إدارة موائد للقمار أو بيوت للبغاء.

كذلك يشترط لاكتساب الشخصية المعنوية أن يكون معترفًا بها من القانون، ولقد أكدت ذلك المادة ٦/٥٢ مدنى بقولها بأن الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص القانون». وبمقتضى المادة ٤/٥٢ مدنى تثبت الشخصية المعنوية للشركة التجارية والمدنية، ولا تستثنى من ذلك سوى شركات المحاصة التجارية، حيث وصفتها المادة ٥٩ تجارى بأنها شركات «ليس لها رأس مال شركة ولا عنوان شركة»، أى: شركات لا يعترف لها القانون بالشخصية المعنوية؛ ومن ثم لا يكون لها اسم أو عنوان تتعامل به مع الغير، كما لا تكون لها ذمة مالية يستقر فيها رأس المال المقدم من الشركاء.

والأصل: أن تنشأ الشركة كشخص معنوى بمجرد إبرام عقد الشركة، وهو ما يستفاد مما قضت به المادة ٥٠٦ مدنى من أن «تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصًا اعتباريًّا، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التى يقررها القانون، ومع ذلك فللغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها».

بيد أن الشخصية المعنوية للشركة قد لا تولد بمجرد العقد حسبما قضت المادة ٥٠٦ مدنى المذكورة؛ إذ قد يرغب المشرع - وقد قدمنا أنه يملك الاعتراف بالشخصية المعنوية أو إنكارها، كما يملك بالأولى تحديد شروطها وتنظيمها - فى إخضاع الشركات لرقابة مبكرة تمارسها جهة الإدارة؛ للتحقق من جديتها ومشروعية نشاطها؛ حماية للادخار العام ورعاية للشركاء؛ ومن ثم قد يفرض عليها اتباع إجراءات تأسيسية معينة كشرط لميلاد شخصيتها المعنوية.

من ذلك فى مصر: أن المشرع بعد أن حدد الإجراءات اللازمة - بوجه عام - لتأسيس شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة فى ظل القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م، نص فى المادة ٢٢ منه على أنه «يجب إشهار عقد الشركة ونظامها بحسب الأحوال فى السجل التجارى، ولا تثبت الشخصية الاعتبارية للشركة، ولا يجوز لها أن تبدأ أعمالها إلا من تاريخ الشهر فى السجل التجارى».

ومتى ثبتت الشخصية المعنوية للشركة، فإنها تتمتع بها طوال حياتها، ولا تزول عنها إلا بانقضائها، ومع ذلك يترتب على انقضاء الشركة دخولها فى مرحلة التصفية، وفى هذه المرحلة تحتفظ الشركة بشخصيتها المعنوية بالقدر اللازم لأعمال التصفية وإلى أن تنتهى هذه التصفية (المادة ٥٣٣ مدنى)، ولما كان ذلك كذلك فلا صعوبة فى القول بأن جميع تصرفات الشركة تنصرف إليها كشخص معنوى أثناء حياتها وفى فترة تصفيتها فى الحدود المتقدمة، إنما تثور الصعوبة بالنسبة لتحديد مصير التصرفات التى أجريت لحساب الشركة فى فترة التأسيس، وهو ما نعالجه حالًا:

مصير التصرفات فى فترة التأسيس:

يثور السؤال عن مصير التصرفات التى أجراها المؤسسون لحساب الشركة فى فترة التأسيس؛ إذ من المقرر ألا تكتسب الشركة شخصيتها المعنوية إلا بانتهاء إجراءات التأسيس بشهر عقد الشركة ونظامها والقرار المرخص بتأسيسها فى السجل التجارى.

وليس من صعوبة إذا ما توجت إجراءات تأسيس الشركة بالنجاح وتم شهرها فى السجل التجارى؛ إذ يترتب على ذلك ميلاد شخصيتها المعنوية؛ فتنصرف إليها نتائج التصرفات التى عقدها المؤسسون لحسابها فى فترة التأسيس، وهو ما قضت به المادة ١٣ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م، حيث قالت بأن «تسرى العقود والتصرفات التى أجراها المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس فى حق الشركة بعد تأسيسها متى كانت ضرورية لتأسيس الشركة».

ويمكن تفسير إبرام العقود والتصرفات باسم الشركة تحت التأسيس بأن الشركة تكتسب فى فترة التأسيس قدرًا من الشخصية المعنوية، بحيث تشبه شخصيتها، فى تلك الفترة، شخصية الحمل المستكن الذى يعترف له القانون - قبل ولادته حيًّا - ببعض الحقوق: كالحق فى ثبوت النسب، والحق فى الميراث مثلًا. وما دام المؤسسون قد أبرموا التصرفات باسم الشركة تحت التأسيس ولحسابها، وكانت هذه التصرفات لازمة لعملية التأسيس - فإنها تنتقل إلى الشركة بمجرد شهرها فى السجل التجارى؛ إذ يعتبر هذا الشهر بمثابة واقعة ميلاد الشركة متمتعة بالشخصية المعنوية، مثلما يتمتع الشخص الطبيعى بالشخصية القانونية بمجرد ولادته حيًّا.

ولقد أخذ المشرع فى دولة الإمارات العربية المتحدة بهذا التفسير صراحة، حيث قضت المادة ٣/١٢ من قانون الشركات التجارية هناك بأن «يكون للشركة خلال فترة

التأسيس شخصية اعتبارية بالقدر اللازم لتأسيسها».

لكن تثور الصعوبة إذا لم تتوج إجراءات تأسيس الشركة بالنجاح بشهرها فى السجل التجارى واكتسابها من ثم - شخصيتها المعنوية؛ حيث يظل السؤال قائمًا حول مصير التصرفات التى أجراها المؤسسون لحساب الشركة فى فترة التأسيس. وقد انعقد الرأى إلى اعتبار المؤسسين مسئولين عن هذه التصرفات أمام الغير مسئولية شخصية وتضامنية، وهو الحل الذى تبناه المشرع المصرى صراحة فى المادة ١٠/ ١ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، حيث قضت بأن «يكون المؤسسون مسئولين بالتضامن عما التزموا به»، كما قضت المادة ١٤ من نفس القانون بأنه «إذا لم يتم تأسيس الشركة بسبب خطأ مؤسسيها يكون للمكتتب أن يرجع على المؤسسين - على سبيل التضامن - بالتعويض عند الاقتضاء»، وذلك فضلًا عن مطالبتهم برد المبالغ التى قدمها المكتتبون[1].

المسألة الثانية

الآثار المترتبة على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة

نصت المادة ٥٣ من التقنين المدنى على الآثار التى تترتب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة، وقد أسلفنا نص المادة من قبل، وتبين من خلاله أن يترتب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة ست نتائج هى:

١ - للشركة ذمة مالية مستقلة.

٢ - للشركة أهلية فى كسب الحقوق واستعمالها.

٣ - للشركة إرادة معبرة ولها حق التقاضى.

٤ - للشركة موطن خاص.

٥ - للشركة جنسية خاصة.

٦ - للشركة اسم خاص.

وفى بيان هذه النتائج المترتبة على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة يقول الدكتور السنهورى:

للشركة المدنية ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للشركاء:

---

(١) ينظر القانون التجارى (٩٥ - ١٠٣).

لا يعتبر المال المملوك للشركة - رأس المال ونماؤه - ملكًا شائعًا بين الشركاء؛ بل هو ملك للشركة ذاتها؛ إذ هى شخص معنوى كما قدمنا. ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

١ - يجب تمييز حصة الشريك فى الشركة عن مال الشركة؛ فقد يكون مال الشركة عقارًا ومنقولًا، أما حصة الشريك فهى دائمًا منقول.

ولدائنى الشركة الشخصيين حقوق على هذه الحصة، ولكن ليست لهم حقوق مباشرة على مال الشركة؛ فلا يجوز لهم أخذ اختصاص أو رهن على مال الشركة ولا الحجز على هذا المال. ولا يجوز للشريك غير المنتدب للإدارة التصرف فى مال الشركة.

٢ - لدائنى الشركة حق مباشر على مال الشركة، فهم يستوفون حقوقهم من هذا المال دون أن يزاحمهم فيه الدائنون الشخصيون للشركاء، وإذا اشترط شريك أن يسترد حصته عينًا بعد حل الشركة، فلا يحتج بهذا الشرط على دائنى الشركة، ولهؤلاء أن يستوفوا ديونهم من حصة هذا الشريك حتى لو كانت هناك أموال أخرى غير هذه الحصة تفى بديونهم.

٣ - لا تقع المقاصة بين دين شخصى على الشريك ودين للشركة، فإذا كان دائن شخصى للشريك مدينًا للشركة، لم يستطع أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى له على الشريك والدين الذى عليه للشركة؛ ذلك لأنه دائن للشريك ومدين للشركة، فهو دائن لشخص ومدين لشخص آخر. وكذلك مدين للشريك لا يستطيع التمسك بالمقاصة فى دين له على الشركة.

٤ - يجوز للشركة أن تكون هى ذاتها شريكًا فى شركة أخرى، دون أن يكون الشركاء فى الشركة الأولى شركاء فى الشركة الأخرى.

أهلية الشركة المدنية فى كسب الحقوق واستعمالها:

تستطيع الشركة المدنية أن تكسب الحقوق وأن تستعملها باعتبارها شخصًا معنويًا، وذلك فى الحدود التى يعينها عقد تأسيس الشركة: فلها أهلية الوجوب، وأهلية الأداء، شأن كل شخص معنوى؛ فتستطيع أن تتملك بعوض أو بغير عوض، وأن تتصرف فى أموالها طبقًا للنظم المقررة فى عقد تأسيسها.

ولا فرق فى ذلك بين المعاوضات والتبرعات؛ فكما تستطيع الشركة المدنية أن

تشترى مالًا من غيرها وأن تبيع مالًا إلى غيرها، تستطيع كذلك فى حدود نظمها المقررة أن تهب مالًا لغيرها وأن تتهب مالًا من غيرها.

وقد ذهب رأى فى فرنسا إلى أن الشركة المدنية ليست أهلًا لقبول التبرعات؛ لأن هذا التصرف يخرج عن دائرة نشاطها، ولكن هذا الرأى لم يتغلب، والرأى الغالب هو جواز قبول الشركة للتبرعات فقد يعينها ذلك على نشاطها إلى حد كبير.

ولم ينص التشريع على قيود بالنسبة إلى الشركات كما ينص على هذه القيود بالنسبة إلى الجمعيات؛ فقد كانت المادة ٥٧ مدنى تنص على أنه:

«١ - لا يجوز أن يكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات، إلا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله.

٢ - ولا يسرى هذا الحكم على الجمعيات التى لا يقصد منها غير تحقيق غرض خيرى أو تعليمى، أو لا يراد بها إلا القيام ببحوث علمية».

وكانت الفقرة الثانية من المادة ٧٩ مدنى تقضى بأنه يجوز أن ينص فى مرسوم اعتبار الجمعية هيئة تقوم بمصلحة عامة على استثناء الجمعية من قيود الأهلية المنصوص عليها فى المادة ٥٧ مدنى.

فهذه النصوص كلها كانت قد وردت فى خصوص الجمعيات، أما الشركة المدنية فلا قيود عليها فى تملك المنقولات والعقارات بعوض أو بغير عوض، فيما عدا القيود التى تفرضها عليها نظمها المقررة.

حق التقاضى:

وللشركة المدنية حق التقاضى باعتبارها شخصًا معنويًا. فترفع الدعاوى على الغير أو على الشركاء، كما ترفع عليها الدعاوى من الغير أو من الشركاء. ويمثلها فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها نائبها، وذلك دون حاجة إلى إدخال الشركاء كلهم أو بعضهم فى الدعاوى؛ إذ إن شخصيتها متميزة عن شخصية الشركاء فيها. وترفع الدعاوى عليها فى المحكمة التى يوجد بدائرتها موطنها، وسنرى الآن أن للشركة المدنية موطنًا وجنسية.

موطن الشركة وجنسيتها:

وللشركة المدنية، ككل شخص معنوى، موطن domicile هو المكان الذى يوجد فيه مقرها الرئيسى أو مركز إدارتها، ويسمى عادة بمقر الشركة siege

social. وفى المحكمة التى يوجد فى دائرتها هذا الموطن تقاضى الشركة كما قدمنا، لا فى الدعاوى التى ترفع عليها من الغير فحسب، بل أيضًا فى الدعاوى التى ترفعها هى على أحد الشركاء، وفى الدعاوى التى يرفعها شريك على شريك آخر.

وقد نصت المادة ٥٨ من تقنين المرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى: «فى الدعاوى المتعلقة بالشركات أو الجمعيات القائمة أو التى فى دور التصفية أو المؤسسات، يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها مركز إدارتها، سواء أكانت الدعوى على الشركة أم الجمعية أم المؤسسة، أم من الشركة أم الجمعية على أحد الشركاء أو الأعضاء، أو من شريك أو عضو آخر. ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة، وذلك فى المسائل المتعلقة بهذا النوع». وإذا أعلنت الشركة تسلم صورة الإعلان بمركز إدارتها للنائب عنها بمقتضى عقد إنشائها أو نظامها (م ١٤ مرافعات).

وللشركة المدنية جنسية لا ترتبط بجنسية الشركاء، وتكون جنسيتها عادة هى جنسية الدولة التى اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسى. فالشركات المدنية التى أسست فى الخارج واتخذت مركز إدارتها فى إقليم دولة أجنبية تعتبر شركات أجنبية، ويسرى على نظامها القانونى قانون الدولة التى تنتمى إليها بجنسيتها. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١١ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى: «أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسرى عليها قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى. ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى»[١].

تنبيه: تقييد الدكتور السنهورى كلامه فيما نقلناه عنه هاهنا بالشركات المدنية - أمر اقتضاه موضوع كتابه؛ حيث إنه فى شرح القانون المدنى، وقد أسلفنا أن كل ما جاء فى القانون المدنى بالنسبة للشركات يسرى على الشركات التجارية كما يسرى على الشركات المدنية، مالم يتعارض مع نص من النصوص الواردة فى القانون التجارى، وهذا يعنى أن ما ذكرناه هاهنا عن الدكتور السنهورى بالنسبة للشركات

---

(١) ينظر الوسيط للسنهورى ص (٢٩٢ - ٢٩٧).

المدنية، إنما ينطبق على الشركات التى يكون لها شخصية معنوية بصفة عامة، وهو ما يقتضيه كلام الدكتور حسنى المصرى، وهو بدوره يوضح أحد النتائج المترتبة على اكتساب الشركة شخصية معنوية - وهو أن يكون للشركة اسم - فيقول:

كما يحمل الإنسان اسمًا يميزه عن غيره من الأشخاص الطبيعية، فإن كل شركة - فيما عدا شركة المحاصة - تتخذ اسمًا (un nom) يميزها عن غيرها من الشركات المشابهة؛ حتى لا تختلط على الجمهور، وليعرف الدائنون والعملاء الشخص المسئول أمامهم عن ديونهم. ويختلف تأليف اسم الشركة باختلاف نوعها:

ففى شركات التضامن يتألف اسم الشركة من اسم واحد أو أكثر من الشركاء (المادة ٢١ تجارى)، فيقال - مثلًا -: «شركة أحمد وعلى» أو «شركة أحمد وشريكه» أو «شركة أحمد وشركاه»، أو «وأولاده»، أو «وإخوانه»، وهكذا.

وفى شركات التوصية بنوعيها يتكون اسم الشركة من اسم واحد أو أكثر من الشركاء المتضامنين (المادة ٢٤ تجارى)، ولا يجوز أن يدخل فى تكوين هذا الاسم اسم واحد من الشركاء الموصين (المادة ٢٦ تجارى).

أما فى شركات المساهمة؛ فإن اسمها لا يتكون من أسماء الشركاء أو اسم أحدهم (المادة ٣٢ تجارى)، وإنما يطلق عليها الغرض المقصود منها كاسم لها (المادة ٣٣ تجارى)، فيقال - مثلًا -: «شركة أسمنت بورتلاند» أو «الشركة المصرية للحديد والصلب» أو «شركة مصر للطيران»، وهكذا.

وأخيرًا تتخذ الشركة ذات المسئولية المحدودة اسمًا خاصًا شأنها شأن الشركات السابقة، إلا أن المشرع قد أجاز لها الخيار بين أن يكون اسمها مستمدًا من غرضها، كما فى شركات المساهمات، وأن يتضمن اسمها اسم شريك أو أكثر، على نحو ما هو متبع فى شركات التضامن.

وفى جميع الأحوال يجب أن يحمل الاسم دلالة وجود الشركة ويبين نوعها؛ حتى يعلم الغير بحدود مسئولية الشركة والشركاء، كما يلزم شهر الاسم فى السجل التجارى[١].

---

(١) ينظر القانون التجارى ص (١٠٥، ١٠٦).

المطلب الثانى

الشخصية المعنوية للشركة فى نطاق الفقه الإسلامى

حظيت الشخصية المعنوية للشركة باهتمام بالغ فى نطاق القانون الوضعى، ورتب القانون على هذه الشخصية العديد من النتائج كما سبق، فهل حظيت الشخصية المعنوية للشركة بمثل هذا الاهتمام عند فقهاء المسلمين؟

بحث الدكتور السيد على السيد هذه المسألة كالتالى:

قال: ابتلى الفقه الإسلامى بعصور التقليد، ولم يكن فقهاؤه المجتهدون قد اعتبروا الشركات أشخاصًا معنوية كما فعل القانون، فكيف كان ذلك وهم الذين واجهوا الحوادث فلم يتركوا جديدًا إلا وضعوا له الأحكام الشرعية المناسبة، مستلهمين فى ذلك مصادر هذا الفقه، وهى الممول الذى لا تشح يده، متتبعين فى اجتهادهم طريقة القرآن والسنة فى إيراد الأحكام لكل مناسبة أو حادثة؟

إذا كان الأمر كذلك، فلماذا وقفت المذاهب هذا الموقف من اعتبار الشركات أشخاصًا معنوية، وما هو موقف الفقه الإسلامى من فكرة الشخصية المعنوية ذاتها؟

من الثابت أن فكرة الشخصية المعنوية لم تلح فى أفق القانون الوضعى إلا عندما ظهرت الشركات الكبيرة ذات الأعضاء الكثيرين والأموال الوفيرة؛ تنفيذًا لمشروعات ضخمة، ينوء بها الفرد أو الأفراد القلائل جهدًا ومالًا وزمنًا؛ فالأعمار محدودة، والجهد الفردى قاصر، حتى إذا كثر ماله فقد يتردد الفرد فى الإقدام على مشروع قد يودى بثروته كلها؛ لذلك كان لا بد لظاهرة التجمع - سواء من حيث الجهد أو المال - أن تتخذ مكانها فى المجتمع لمواجهة المشروعات الضخمة، والأهداف البعيدة التى تمتد فى الزمان تؤدى الخدمات للمجتمع. وكان لزامًا على القانون ألا يتخلف عن مسايرة حاجات المجتمع، ومن هنا ظهرت فى أفقه فكرة الشخصية المعنوية.

إذا كان الأمر كذلك فيثور التساؤل: هل عرضت للفقه الإسلامى هذه الظروف، وهل وجدت إبان عصور الاجتهاد تلك التجمعات الضخمة؟

الواضح من أقوال الفقهاء: أن ظاهرة التجمع الضخم لم تواجههم، إلى أن قضى على هذا الفقه بالتوقف عن الاجتهاد بحجة عدم وجود من يصلح له؛ فلم يواصل هذا الفقه - لهذا السبب - مسايرته للجديد من الأحداث؛ فخسرت المجتمعات بذلك الكثير مما كان يمكن أن يؤديه هذا الفقه طوال تلك الفترة التى عطلت فيها

مسيرته.

والدليل على أن ظاهرة التجمع الكبير لم تعرض لفقهاء المذاهب الإسلامية، أن كلامهم عن الشركات لا يتضمن إلا ما يفصح عن أن الشركة لم تكن تنعقد إلا بين الاثنين أو الثلاثة من الأشخاص، وشركة هذا شأنها لا يمكن أن تواجه ما يتطلب بحث فكرة الشخصية المعنوية بالنسبة لها؛ إذ إن هذه الشركة تقوم على أساس عمل واحد أو عدة أعمال تجارية محدودة؛ فلم تكن هناك الشركات الكبيرة ذات المشاريع الخطيرة؛ كى تثور فكرة انفصالها عن أفرادها.

وإن من أصحاب نظرية الشخصية المعنوية الحديثين من رأى عدم اعتبار شركات الأشخاص أشخاصًا معنوية.

كما أن البعض يرى فى شغل ذمم الشركاء المتضامنين بديون الشركة ووقوفهم إلى جانب ذمة الشركة لتكوين الضمان العام لدائنها - أن الشخصية المعنوية لشركات الأشخاص شخصية ناقصة.

ولو أن ظاهرة التجمع الواسع لاحت لامتلأت كتب الفقه بالأحكام المناسبة، بل إنى أعتقد أنه لم يكن لهذه الظاهرة أية بادرة، وإلا لوجدت الآراء حولها؛ ذلك أن هذا الفقه كان قد تعدى الواقع إلى ما قد يقع.

ولعل ما يؤيد ذلك أن الفقه الإسلامى قد رتب لغير الشركات أحكامًا لا تترتب إلا على أساس من فكرة الشخصية المعنوية والذمة المستقلة دون أن يكون هناك تجمع، وذلك مثل ما رتبه من أحكام للوقف والمسجد وبيت المال، حين دعت الحاجة إلى تلك الأحكام، بل إن من الفقهاء من قال عنها - أى: الوقف والمسجد وبيت المال -: هى كالحر. وهذا عين ما قال به أصحاب نظرية الحقيقة فى الشخصية المعنوية فى القرن التاسع عشر الميلادى.

ثم نقل الدكتور السيد على السيد: جملة من أقوال الفقهاء فى المذاهب المختلفة بخصوص الوقف والمسجد وبيت المال، واستنتج منها أن الفقه الإسلامى قد أخذ بصدد مواجهته لاحتياجات الوقف والمسجد بتطبيق فكرة الشخصية المعنوية. ومع ذلك فإن الفقهاء الإسلاميين لم يذهبوا بالنسبة للشركات إلى ما ذهبوا إليه بالنسبة للوقف والمسجد. وقد رأينا أنه قد يكون سببًا لذلك عدم ظهور فكرة التجمع الواسع، وهى ما يتم عن طريق الشركات فى وقتنا الحاضر. إلا أن الفقه الإسلامى

بالرغم من ذلك قد وضع للشركات قواعد إما أن تقرب فى نتائجها من تلك النتائج المترتبة على تطبيق الشخصية المعنوية وتجد لها أساسًا آخر، وإما أنها لا تجد تفسيرًا إلا بين جنبات فكرة الشخصية المعنوية[١].

ومن أمثلة هذه القواعد القريبة فى نتائجها من تطبيق فكرة الشخصية المعنوية:

١ - الملكية المشتركة لرأس مال الشركة.

٢ - إطلاق لفظ الشركة.

٣ - جواز شراء الشريك من مال الشركة.

٤ - ملكية صاحب حصة العمل لنصيبه من الربح فى الفترة بين ظهوره إلى قسمته.

٥ - عدم انتهاء الشركة رغم وفاة أحد الشركاء؛ إذا كانوا ثلاثة فأكثر.

وقد أورد الدكتور السيد على السيد الكثير من نصوص فقهاء المذاهب المختلفة بصدد هذه القواعد، ثم قال:

أسلمتنا القواعد السابقة إلى القول: إن تفسيرها لا يوجد إلا فى رحاب فكرة الشخصية المعنوية؛ إذ إنها لا تعدو أن تكون تطبيقًا من تطبيقات هذه النظرية.

وقد يقال: إن الفقه الإسلامى قد توصل إلى ما وصل إليه من قواعد وأحكام بصدد الشركات على أسس أخرى غير فكرة الشخصية المعنوية، أسس تتفق مع بنائه الفقهى الخاص وكيانه المستقل؛ وبذلك يجب أن يظل له استقلاله، وعدم إقحام فكرة غريبة عنه عليه.

وقد يكون هذا القول صحيحًا إذا صح أن تستقل نظرتنا إلى كل باب من أبواب الفقه عن بقية أبوابه، وهذا ما لا يمكن لأحد أن يقول به؛ إذ يترتب عليه فصل الجزء عن الكل، وقطع كل صلة بين الفرع وأصله، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فقد نجد أحكامًا تؤسس على أساس مستقل، مثل: جواز شراء رب المال من أموال شركة المضاربة الذى أقيم على أساس اعتبار رب المال أجنبيًّا بالنسبة لحق التصرف - عند الحنفية - إلا أن هذا الأساس - فيما أرى - يحتاج أيضًا إلى أساس آخر يرد إليه؛ فاقتضاء عقد شركة المضاربة استقلال المضارب (الشريك

---

(١) ينظر الحصة بالعمل (٥٢ - ٥٤، ٥٨).

بالعمل) بالتصرف لا يغير من الحقيقة الواقعة، وهى أن رب المال يملك مال المضاربة. ومع ذلك فقد اعتبر بالنسبة للتصرف فى هذا المال كالأجنبى مما يرجح تفسير هذا الاعتبار بفكرة الذمة المالية المستقلة، فاقتضاء عقد شركة المضاربة استقلال القاعدة على أساس اعتبار كل من المضارب ورب المال كالأجانب من حيث حق التصرف وحق ملكية الرقبة، فكل منهما يملك حقًّا يفقد فى مقابله حقًّا آخر؛ فيكون ملكه بموجب عقد الشركة ملكًا ناقصًا، ولكن الصفة الحقيقية للمال أن يكون مملوكًا ملكية تامة تخول حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهذا ما يفقده أصحاب حصص رأس المال، ويملكه أصحاب حصص العمل بالرغم من عدم وجود ملكية لهم فى رأس المال. فتغيير حال الملكية وأوصافها بموجب عقد الشركة يوجه النظر إلى أن هذا المال صار فى ذمة أخرى تتحقق لها الملكية التامة، ويتفرع عنها حقوق يتولاها الشركاء، وحقوق أخرى على تلك الذمة.

لكن هل يمكن القول: إن فكرة الشخصية المعنوية فكرة غريبة عن الفقه الإسلامى؟

الواقع أن هذا القول لا يمكن أن يسلم به إذا قيل؛ لأننا رأينا من علماء الفقه الإسلامى من يقرر صراحة الذمة المالية للوقف، ويقرر الأساس لذلك فى قول حاسم: إن الوقف يملك كالحر. وهذا دليل على أن فكرة الشخصية المعنوية ليست غريبة على الفقه الإسلامى، حيث إن وصف الوقف بأنه كالحر إسباغ للشخصية المعنوية عليه.

بعد ذلك نستطيع القول: إن فكرة الشخصية المعنوية، وإن لم ينشئ لها الفقه الإسلامى نظرية عامة، إلا أنه أخذ بها فيما احتاجته متطلبات المجتمع الذى حكمه هذا الفقه، ولم يحجم عن التصريح بأن الوقف والمسجد كالحر؛ فعبر بهذا القول عما عبر عنه بعض الفقهاء الغربيين أخيرًا بقولهم: إن الشخص المعنوى حقيقة قانونية كالشخص الطبيعى.

أما جانب الفقه الإسلامى الذى صرح بأن الوقف ليس له ذمة مالية، ورتب الأحكام على ذلك، ثم رأى أن هذا قياس يترك عند الضرورة - فنجد فى رحاب هذا الجانب تكمن فكرة الحقيقة الاجتماعية، وهى الأساس الراجح للشخصية المعنوية فى وقتنا الحاضر؛ كما يرى الدكتور السيد على السيد، ثم يتابع قائلًا:

لكل ما سبق نقول: إن فكرة الشخصية المعنوية وجدت جذورها عند فقهاء الفقه الإسلامى؛ ولذلك لا تعتبر هذه الفكرة مقحمة على هذا الفقه؛ لأنه وضع أصولها الأولى.

وفى صدد الشركات لا يجوز القول: إنه «لم يتح لهذه الفكرة ظهور فى الفقه الإسلامى على اختلاف مذاهبه؛ فلم يكن للشركة فيه ذمة مستقلة» فقد رأينا من القواعد التى سبق ذكرها: أن هذه الفكرة قد طبقت فى نطاق النظرية العامة للشركات. ولعله يصح القول: إن الفقه الإسلامى لم يصرح باعتبار الشركات أشخاصًا معنوية لها ذمم مستقلة عن ذمم الشركاء، كما كان مسلكه بالنسبة للوقف والمسجد؛ بل اكتفى بتطبيق بعض الأحكام المتفرعة على الشخصية المعنوية، ولعل السبب فى ذلك - كما سبق أن بينا - هو عدم وجود الحاجة الملحة، لا سيما أن الشركات التى كانت قد ظهرت تنتمى كلها إلى نوع شركات الأشخاص المعروفة فى القانون الوضعى.

وقد نجد تأييدًا لقولنا بعدم الحاجة هذه فى قواعد شركات الأشخاص فى القانون الوضعى حيث تظل ذمة الشركة محتاجة إلى ذمم الشركاء المتضامنين تقف إلى جوارها مسئولة عن ديونها، وفى ذلك يقول الدكتور محسن شفيق: «وتكبر مظنة الخلط بين ذمة الشريك وذمة الشركة فى شركات الأشخاص؛ حيث يسأل الشريك المتضامن عن ديون الشركة كما لو كانت ديونه الشخصية، فتبدو ذمة الشريك كما لو كانت جزءًا من ذمة الشركة، وعلى الرغم من هذه الظاهرة فالانفصال تام بين ذمة الشركة وذمم الشركاء».

بل إن البعض يرى أن الشركات المدنية وشركات الأشخاص بوجه عام ليس لها إلا شخصية معنوية ناقصة. وإن كنا لا نسلم بهذا الرأى؛ حيث إنه لا يوجد إلا تدعيم لذمة الشركة المالية المستقلة بذمم الشركاء المتضامنين الذين يقفون كالكفلاء المتضامنين لدين الشركة.

ننتهى من ذلك إلى أن أساس نظرية الشخصية المعنوية موجود فى الفقه الإسلامى، بل إن هذا الفقه قد عبر عن هذا الأساس قبل أن يصل إلى هذا التعبير فقهاء القانون الوضعى.

وقد ظهرت تطبيقات هذه النظرية فى الفقه الإسلامى عندما أطلت الحاجة إليها؛

ولذلك كان من واجب فقهائنا الحديثين أن يقيموا على هذا الأساس القائم فعلًا نظرية عامة للفقه الإسلامى فى الشخصية المعنوية[١].

فنستطيع القول إذن - كما يقول الدكتور يوسف عبد الفتاح يوسف المرصفى - بأن الفقه الإسلامى فى نطاق الشخصية الحكمية - الاعتبارية - قد بنى أحكامه على إقرار فكرة هذه الشخصية، واعتبار خصائصها، وأن عدم التسمية لا يدل على عدم المسمى، وإنما العبرة للمفاهيم والأحكام. وبالتالى يكون القول بوجود شخصية اعتبارية للشركة غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية العامة[٢].

* * *

(١) ينظر الحصة بالعمل ص (٦٥ - ٦٧) .
(٢) ينظر الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون ص (٢١) .

الفصل الثالث

إدارة الشركة

بالطبع لا بد لأى شركة أن يكون لها من يديرها ويتولى ذمام الأمور فيها، ولا يخلو الشركاء فى أى شركة عن حالين:

الحال الأول: أن يتفقوا فيما بينهم على تعيين من يدير الشركة.

الحال الثانى: ألا يعينوا من يدير الشركة.

أولًا: فى حالة اتفاق الشركاء على تعيين من يدير الشركة، فكيف يكون هذا التعيين؟ يقول الدكتور السنهورى:

قد يكون تعيين من يدير الشركة منصوصًا عليه فى عقد تأسيس الشركة ذاته باتفاق الشركاء جميعًا، فيقع الاختيار على شريك أو أكثر ينتدبون للإدارة أو على أجنبى غير شريك gerant statutaire.

وقد يأتى تعيين من يدير الشركة بعد ذلك باتفاق لاحق لعقد تأسيس الشركة، فيتفق الشركاء جميعًا على شريك أو أجنبى، واحد أو أكثر، لإدارة الشركة gerant mandataire. ويكون المدير أوالمديرون بأجر أو بغير أجر.

وقد نصت المادة ٥١٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ - للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص فى عقد الشركة أن يقوم - بالرغم من معارضة سائر الشركاء - بأعمال الإدارة وبالتصرفات التى تدخل فى غرض الشركة، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش. ولا يجوز عزل هذا الشريك من الإدارة دون مسوغ، ما دامت الشركة باقية».

«٢ - وإذا كان انتداب الشريك للإدارة لاحقًا لعقد الشركة، جاز الرجوع فيه كما يجوز فى التوكيل العادى».

«٣ - أما المديرون من غير الشركاء فهم دائمًا قابلون للعزل».

ونخلص من النص المتقدم الذكر أن مدير الشركة إذا كان أجنبيًا يجوز عزله كما يجوز عزل الوكيل؛ لأنه لا يعدو أن يكون وكيلًا عن الشركة، وذلك سواء كان التعيين منصوصًا عليه فى عقد تأسيس الشركة أو حاصلًا باتفاق لاحق.

أما إذا كان المدير شريكًا: فإن كان معينًا فى اتفاق لاحق لعقد تأسيس الشركة، فكذلك يجوز عزله كما يجوز عزل الوكيل. وإن كان معينًا فى عقد تأسيس الشركة،

لم يجز عزله إلا إذا كان هناك مسوغ للعزل من خيانة أو سوء إدارة أو عجز أو تقصير كبير؛ ذلك أن تعيينه فى عقد تأسيس الشركة يجعل هذا التعيين جزءًا من نظامها له نفس الثبات والاستقرار.

وليست هذه الأحكام من النظام العام؛ فيجوز الاتفاق بين الشركاء على أن يكون الشريك المعين مديرًا فى عقد تأسيس الشركة جائز العزل كالوكيل العادى، كما يجوز الاتفاق على أن يكون الشريك المعين مديرًا باتفاق لاحق، أو الأجنبى المعين مديرًا فى عقد تأسيس الشركة أو باتفاق لاحق، غير جائز العزل كالوكيل العادى، بل يجب لعزله أن يكون هناك مسوغ للعزل على النحو الذى قدمناه.

أما عزل الشريك المنتدب للإدارة فى عقد تأسيس الشركة لمسوغ من مسوغات العزل، فيجوز أن ينفرد بطلبه أحد الشركاء فيرفع الأمر إلى القضاء؛ ليقرر هل هناك مسوغ كاف للعزل أم لا؟

وإذا عزل الشريك المنتدب للإدارة فى هذه الحالة، بقيت الشركة قائمة بالرغم من عزله، وللشركاء أن يتفقوا على تعيين مدير آخر، أو توكل الإدارة إلى كل شريك على النحو الذى سنراه عندما لا يكون هناك اتفاق على تعيين من يدير الشركة.

وعزل الشريك المنتدب للإدارة باتفاق لاحق، وكذلك عزل الأجنبى المنتدب للإدارة سواء فى عقد تأسيس الشركة أو باتفاق لاحق - لا حاجة فيه إلى رفع الأمر إلى القضاء؛ بل يجوز للشركاء أنفسهم أن يقرروا العزل ولو لم يستندوا فى ذلك إلى مسوغ كما سبق القول.

ويتضمن نظام الشركة فى العادة نصًا يبين: هل يقع العزل باتفاق الشركاء جميعًا أو بقرار الأغلبية أو بطلب واحد منهم فقط.

فإذا لم يتضمن نظام الشركة شيئًا فى هذا المعنى، فالظاهر أن القرار يصدر بالأغلبية العددية للشركاء (انظر م٥١٨ مدنى). وهناك من يذهب إلى أن القرار يجب أن يصدر بالإجماع، كما أن هناك من يذهب إلى أن واحدًا من الشركاء فقط يكفى لإيقاع العزل؛ لأن وكالة المنتدب للإدارة يجب أن تكون عن الجميع، فإذا نقض أحد الشركاء الوكالة انتقضت بالنسبة إلى الجميع. وإذا عزل المنتدب للإدارة، بقيت الشركة قائمة تدار على النحو الذى قدمناه فى عزل الشريك المنتدب للإدارة فى عقد تأسيس الشركة.

سلطات من يدير الشركة إذا كان واحدًا:

وإذا كان من يدير الشركة واحدًا، سواء كان شريكًا أو أجنبيًا، وسواء عين فى عقد تأسيس الشركة أو باتفاق لاحق - فإن له أن ينفرد بإدارة الشركة. ويتضمن نظام الشركة عادة نصوصًا تحدد سلطات من يدير الشركة؛ فيجب التزام هذه النصوص، وعلى من يدير الشركة ألا يجاوزها فى أعمال إدارته.

أما إذا لم يتضمن نظام الشركة شيئًا فى هذا الصدد، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١٦ مدنى - كما رأينا - على أن للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص فى عقد الشركة - ومثله الأجنبى وكذلك من يعين للإدارة باتفاق لاحق شريكًا كان أو أجنبيًا - «أن يقوم، بالرغم من معارضة سائر الشركاء، بأعمال الإدارة وبالتصرفات التى تدخل فى غرض الشركة، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش».

فالمفروض إذن أن الشركاء، عندما عينوا من يدير الشركة، أنهم أعطوه السلطة الكافية لتحقيق أغراض الشركة من أعمال إدارة وأعمال تصرف. فإذا كانت الشركة مثلًا شركة للنشر، كان لمديرها أن يتعاقد مع المؤلفين وأن يقوم بالأعمال اللازمة لنشر المؤلفات من طبع وتوزيع، وأن يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإنجاز هذه الأعمال.

وإذا كانت الشركة لشراء العقارات وبيعها، كان للمدير أن يشترى العقارات باسم الشركة وأن يبيعها باسمها، ولكن لا يجوز للمدير أن يقوم بأعمال ليست لازمة لتحقيق أغراض الشركة؛ فلا يجوز له أن يبيع عقارًا للشركة أو يرهنه أو يقترض، إذا لم يكن هذا التصرف ضروريًا لتحقيق أغراض الشركة.

كما لا يجوز له أن يهب أموال الشركة، أو يتنازل عن ضمان، أو يبرئ مدينًا من الدين، أو يعقد صلحًا أو تحكيمًا، أو يغير مقر الشركة - إلا باتفاق الشركاء جميعًا.

ويدخل فى أعمال الإدارة الموكولة إلى المدير أن يقبض حقوق الشركة، وأن يشطب الرهون بعد قبض الحقوق المضمونة بها، وأن يقاضى مدينى الشركة، وأن يقوم بالترميمات الضرورية فى عقارات الشركة، وبما يلزم لجعل هذه العقارات صالحة لأغراض الشركة دون أن يقوم بأعمال أو بناء فيها لا يكون ضروريًا لتحقيق هذه الأغراض.

ولا يجوز للمدير أن يفوض جميع سلطاته فى الإدارة لوكيل عنه؛ لأن الشركاء

إنما عينوه هو مديرًا. ولكن يجوز له أن يوكل عنه واحدًا أو أكثر فى بعض أعمال الشركة، ويكون مسئولًا عمن يوكله أمام الشركة.

سلطات من يديرون الشركة إذا كانوا متعددين:

تنص المادة ٥١٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ - إذا تعدد الشركاء المنتدبون للإدارة دون أن يعين اختصاص كل منهم، ودون أن ينص على عدم جواز انفراد أى منهم بالإدارة - كان لكل منهم أن يقوم منفردًا بأى عمل من أعمال الإدارة، على أن يكون لكل من باقى الشركاء المنتدبين أن يعترض على العمل قبل تمامه، وعلى أن يكون من حق أغلبية الشركاء المنتدبين رفض هذا الاعتراض، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعًا».

«٢ - أما إذا اتفق على أن تكون قرارات الشركاء المنتدبين بالإجماع أو بالأغلبية، فلا يجوز الخروج عن ذلك، إلا أن يكون لأمر عاجل تترتب على تفويته خسارة جسيمة لا تستطيع الشركة تعويضها».

وتنص المادة ٥١٨ على ما يأتى:

«إذا وجب أن يصدر قرار بالأغلبية، تعين الأخذ بالأغلبية العددية ما لم يتفق على غير ذلك».

ويتضح من هذه النصوص أنه إذا تعدد من يدير الشركة - سواء كانوا شركاء أو أجانب، بالرغم من أن النص مقصور على الشركاء، ولكن يقاس عليهم المديرون الأجانب - فيغلب أن ينص نظام الشركة على تحديد اختصاص كل من هؤلاء المديرين، كأن يوكل لأحدهم بالمبيعات ولآخر بالمشتريات، ولثالث بإدارة العمال ونحو ذلك. وفى هذه الحالة يجب أن يلتزم كل مدير اختصاصه الذى حدده له نظام الشركة، ولا يجاوزه إلى اختصاص غيره من المديرين الآخرين. «وعلى كل من المديرين أن يقوم بواجبه داخل الحدود الموضوعة له، وهو الذى له وحده الحق فى أن يعمل فى هذه الدائرة بدون أية معارضة من جانب بقية المديرين. وإذا عمل أحد المديرين خارج الحدود الموضوعة له، كان تصرفه غير سارٍ على الشركة طبقًا للقواعد العامة».

وإذا لم ينص نظام الشركة على تحديد اختصاص كل من المديرين، ولم ينص فى الوقت ذاته على أن تكون القرارات بإجماع المديرين أو بأغلبيتهم - كان لكل واحد

من المديرين حق إدارة الشركة منفردًا والقيام بجميع أعمال الإدارة وأعمال التصرف التى سبق بيانها فى حالة ما إذا كان من يدير الشركة شخصًا واحدًا.

على أن لكل من المديرين الآخرين حق الاعتراض على هذه الأعمال قبل تمامها، أما إذا تمت قبل الاعتراض فإنها تصبح نافذة ملزمة للشركة. فإذا اعترض أحد المديرين على عمل يقوم به مدير آخر قبل تمامه، بقى الاعتراض قائمًا يحول دون تمام العمل، ولا يزول إلا إذا قررت أغلبية المديرين - وفيهم المعترض على عمله - رفض الاعتراض. فإذا تقرر رفض الاعتراض على هذا الوجه، زال وانفسح الطريق للمدير المعترض على عمله أن يتم هذا العمل.

أما إذا تساوى جانب من يقر الاعتراض مع جانب من يرفضه، أو كان المدير للشركة اثنين فقط أراد أحدهما القيام بعمل واعترض الآخر على ذلك - فإنه يجب الرجوع فى هذه الحالة إلى الشركاء جميعًا، فإذا قررت أغلبية الشركة رفض الاعتراض زال، وأمكن المدير إتمام العمل المعترض عليه.

أما إذا قام المدير بالعمل بالرغم من معارضة مدير آخر، وبدون أن يحصل على رفض الاعتراض من أغلبية المديرين أو من أغلبية الشركاء على الوجه المتقدم الذكر - فإن عمله يكون باطلًا ولا ينفذ فى حق الشركة، هذا ما لم يكن الغير الذى يتعامل مع المدير حسن النية لا يعلم بالمعارضة؛ ففى هذه الحالة ينفذ العمل فى حق الشركة، ويكون المدير مسئولًا أمامها عن تجاوز سلطته.

أما إذا نص نظام الشركة على أن تتخذ القرارات بإجماع المديرين أو بالأغلبية، فتجب مراعاة ذلك؛ فلا يستطيع أحد المديرين أن ينفرد بالإدارة، بل يجب عليه الحصول على موافقة جميع المديرين الآخرين، أو موافقة الأغلبية، ويدخل هو فى حساب الأغلبية، على حسب الأحوال.

ويستثنى من ذلك أن يكون هناك أمر عاجل تترتب على تفويته خسارة جسيمة لا تستطيع الشركة تعويضها، فعند ذلك يستطيع أى مدير أن ينفرد بالقيام بهذا الأمر العاجل، ويعتبر فى هذه الحالة فضوليًا يلزم عمله الشركة.

وحيث يجب صدور قرار بالأغلبية فى جميع الأحوال المتقدم ذكرها وفى غيرها من الحالات الأخرى، كأن يصدر قرار أغلبية المديرين برفض اعتراض مدير على عمل مدير آخر، أو يصدر قرار أغلبية الشركاء برفض هذا الاعتراض، أو يصدر قرار

أغلبية المديرين بعمل من أعمال الإدارة حيث ينص النظام على وجوب اتخاذ القرارات بالأغلبية - فإن الأغلبية المعتبرة هى الأغلبية العددية للمديرين أو الشركاء، لا أغلبية الحصص، وذلك ما لم يتفق الشركاء على أن تكون الأغلبية للحصص أو للمصالح المختلفة لا للرءوس. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٥١٨ مدنى، وقد تقدم ذكرها.

حقوق الشركاء غير المديرين: تنص المادة ٥١٩ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها، وكل اتفاق على غير ذلك باطل».

ويتضح من هذا النص أنه إذا عين للشركة من يديرها ولو كان المدير أجنبيًّا، فليس لشريك لم يكن من بين المديرين للشركة أن يتدخل فى أعمال الإدارة، ولا أن يشترك فى هذه الأعمال، ولا أن يعترض على أعمال المديرين إلا فى الحدود التى يرجع فيها إلى الشركاء على النحو الذى تقدم بيانه.

ولكن يجوز له أن يعترض على أعمال الإدارة التى تجاوز أغراض الشركة أو تخالف نظامها أو تعارض القانون، وله أن يرجع فى ذلك إلى سائر الشركاء، بل له أن يلجأ إلى القضاء.

على أن الشريك غير المدير من حقه أن يطلب من المديرين حسابًا عن إدارة أعمال الشركة من آن إلى آخر، أو فى أوقات دورية، أو فى الوقت الذى ينص عليه نظام الشركة.

وله - فى سبيل الاستيثاق من حسن الإدارة - أن يطلع بنفسه على دفاتر الشركة ومستنداتها وأوراقها وكل ما يتعلق بأعمالها.

وهذا الحق شخصى له؛ فلا يجوز أن ينيب عنه فيه وكيلًا؛ حتى لا يتدخل أجنبى فى أعمال الشركة ويطلع على أسرارها، وهذا ما لم يكن الشريك قاصرًا فينوب عنه وليه.

وحق الشريك غير المدير فى الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها من النظام العام؛ فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه.

الحالة الثانية

عدم تعيين من يدير الشركة

تنص المادة ٥٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا لم يوجد نص خاص على طريقة الإدارة، اعتبر كل شريك مفوضًا من الآخرين فى إدارة الشركة، وكان له أن يباشر أعمال الشركة دون رجوع إلى غيره من الشركاء، على أن يكون لهؤلاء أو لأى منهم حق الاعتراض على أى عمل قبل تمامه، ولأغلبية الشركاء الحق فى رفض هذا الاعتراض».

ويؤخذ من هذا القانون أنه: إذا لم يعين من يدير الشركة، فالمفروض أن الشركاء قد جعلوا حق الإدارة لكل واحد منهم، فلكل منهم أن ينفرد بالقيام بأعمال الإدارة وأعمال التصرف الداخلة فى أغراض الشركة، وتكون هذه الأعمال نافذة فى حق الشركة وفى حق الشركاء جميعًا ما دامت غير مخالفة لنظام الشركة ولا للقانون.

أما أعمال التصرف التى لا تدخل فى نطاق أغراض الشركة فهى محرمة على أى شريك، ولا بد فيها من إجماع الشركاء.

كذلك لا يجوز لأى شريك أن يدخل أى تغيير أو تجديد فيما للشركة من أشياء دون موافقة جميع الشركاء، حتى لو رأى أن أعمال التغيير أو التجديد هذه مفيدة للشركة، إلا أن تكون هذه التغييرات داخلة فى أغراض الشركة أو كانت من قبيل أعمال الإدارة الحسنة المقصود بها تسهيل انتفاع الشركة بأموالها.

على أنه إذا أراد الشريك أن يقوم بعمل من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف الداخلة فى أغراض الشركة، واعترض على العمل قبل إتمامه شريك آخر - وجب وقف العمل وعرض الأمر على جميع الشركاء، ويبقى الاعتراض قائمًا، والعمل المعترض عليه موقوفًا، حتى ترفض أغلبية الشركاء - الأغلبية العددية إلا إذا وجد فى نظام الشركة ما يخالف ذلك - هذا الاعتراض. فإذا رفضته الأغلبية، أمكن الشريك القيام بالعمل المعترض عليه.

وإذا لم توجد أغلبية من الشركاء ترفض العمل - حتى لو تساوى الجانبان - بقى الاعتراض قائمًا ولم يجز القيام بالعمل.

فإذا قام الشريك بالعمل المعترض عليه قبل زوال الاعتراض، بأن لم يعرض الأمر على الشركاء، أو عرضه ولم يرفض الاعتراض أغلبية منهم - فإن العمل يكون

باطلًا فى حق من تعامل معه الشريك إذا كان سيئ النية، أى: يعلم بالمعارضة القائمة وبعدم زوالها[١].

هذا كله بخصوص تولى الإدارة فى الشركات المدنية، أما بخصوص الشركات التجارية فإن ما ذكرناه هاهنا يكاد ينطبق على شركات الأشخاص منها باستثناء بعض التفصيلات فى شركات التوصية البسيطة والمحاصة، أما شركات الأموال والشركات المختلطة - فأمر الإدارة يختلف فيها بعض الشىء عما ذكرناه هاهنا.

إلا أننا لن نخوض فى هذه التفصيلات وتلك الاختلافات؛ خشية الإطالة، ومن أراد الوقوف عليها فعليه بكتب القانون التجارى.

فرع: تبين لنا مما عرضناه من نصوص قانونية وما ذكرناه عن تولى إدارة الشركات أن القانون الوضعى لا يفرق فى تولى الإدارة بين أن يكون الشريك شريكًا بالمال أو بالعمل؛ فكل الشركاء أمام القانون الوضعى سواء فى قواعد تولى الإدارة، وكذلك فى قواعد عزلهم.

أما فى الفقه الإسلامى، فقد اتفق فقهاء الإسلام على ضرورة إطلاق يد الشريك بالعمل فى أعمال الإدارة والتصرفات، كما اتفقت غالبيتهم على وجوب وضع أموال الشركة تحت تصرفه وإشرافه وحده؛ تمكينا له من التصرف. وفى هذا يقول الدكتور السيد على السيد: الحصة بالعمل - فى الفقه الإسلامى[٢]- مختصة بالاستقلال بإدارة الشركة دون أن ينازعها فى ذلك منازع من أصحاب حصص رأس المال؛ ولذلك اشترط الفقهاء إطلاق يد الشريك الذى يقدم الحصة بالعمل فى الإدارة. ونعرض لبعض أقوالهم لنتبين هذا الحق ومداه.

ثم يعرض أقوال فقهاء المذاهب فى هذا الصدد، فينقل عن الأنصارى الشافعى قوله: «وإن شرط كون المال فى يد المالك يوفى منه ثمن ما اشتراه العامل، أو شرط عمله معه أو مراجعته فى التصرف - لم يصح؛ لفوات استقلال العامل الذى هو شرط فى القراض، ولأنه فى الأولى والأخيرة قد لا يجده عند الحاجة أو لا يساعده على رأيه؛ فيفوت التصرف الرابح. وكالمالك فى ذلك نائبه كمشرف نصبه.

---

(١) ينظر الوسيط للسنهورى ص (٣٠١ - ٣٢٣).
(٢) ص (٢٢١، ٢٢٢).

ثم يقول فى موضع آخر: والقراض معاملة يتعلق بها غرض كل من المتعاقدين، فمهما كان العامل أبسط يدًا كانت أفضى إلى مقصودهما.

وينقل كذلك أقوالًا، للكاسانى من الحنفية والباجى من المالكية، وابن المرتضى من الزيدية وابن قدامة من الحنابلة، ثم يقول:

بمراجعة هذه النصوص نجد أن الجامع بينها هو إطلاق يد الشريك بالعمل فى التصرفات التى تبرم لحساب الشركة. وإطلاق اليد هذا تراه الغالبية فى تسليم المال، أى: تخلى أصحاب رأس المال عنه وتقديمه لهذا الشريك؛ تمكينًا له من حرية التصرف.

ولعلنا نجد ما يقرب من ذلك فى شركات القانون حيث يكون لمديرى الشركة بصفتهم ممثلين لها مطالبة الشركاء بتقديم حصصهم.

ولهذا الإطلاق - أيضًا - مظاهر تعبر عن وجوده:

منها: عدم اشتراط عمل أصحاب الحصص المالية أو وكلائهم مع الشريك بالعمل، بل إن المالكية والشافعية منعوا أن يقوم أصحاب الحصص المالية بمجرد أداء أثمان المشتريات؛ لأن ذلك يؤدى إلى بقاء المال تحت أيديهم.

وكذلك عدم اشتراط المراجعة، والمقصود بها: المراجعة الفورية التى تتم فى كل عمل يقوم به هذا الشريك؛ لأن المراجعة والإشراف بهذه الصورة تعطل إطلاق اليد فى التصرف وتقيده، بل وتمنع استقلال هذا الشريك فى التصرف وهو شرط صحة فى شركة المضاربة.

فتمكين الشركة من القيام بنشاطها يوجب أولًا تخلى الشركاء عن القدر الذى أسهموا به من أموالهم وتقديمه إلى الشركة. ثم يقتضى عدم تدخلهم فى إدارة الشركة بجوار من تولى هذه الإدارة، وهو فى شركة المضاربة: الشريك بالعمل وحده دون أصحاب حصص رأس المال.

على أن عمل أصحاب حصص رأس المال مع صاحب الحصة بالعمل يكون مقبولًا من جميع المذاهب إذا كان على وجه المساعدة، ودون أن يكون مشروطًا فى عقد الشركة. فالمنع ينصب على اشتراط الاشتراك فى الإدارة والتصرف، وقد صرح البعض بذلك أيضًا، ونكتفى فى هذا الصدد بقول الكاسانى: «جواز بيع رب المال من طريق الإعانة للمضارب... (ثم يؤكد حق المضارب فى الاستقلال بالتصرف

وسلطته التقديرية فى الإدارة فيقول)... وإذا باع صاحب رأس المال بأقل من قيمته لم يجز إلا أن يجيزه المضارب، سواء باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه... لأنه ليس من الإعانة إدخال النقص عليه، بل هو استهلاك؛ فلا يتحمل قل أو كثر»[(١)].

وقد يتعدد الشريك صاحب الحصة بالعمل؛ ولذلك تكون أعمال الإدارة لهؤلاء الشركاء دون غيرهم. ولا يقلل هذا الوضع من شرط الاستقلال فى الإدارة - وهو ما حاول ابن قدامة أن يستدل به لإجازة عمل رب المال مع الشريك بالعمل - فإن هؤلاء الشركاء لهم صفة واحدة ووضعهم له تكييف واحد، وحقوقهم مستمدة من طبيعة الحصة التى يقدمونها.

وإذا تعدد هؤلاء الشركاء: فإما أن ينص عقد الشركة على أن يتصرفوا سويًّا وحينئذ لا يجوز انفراد أحدهم، بالتصرف. وإما أن يحدد العقد لكل منهم اختصاصًا يستقل فى نطاقه بالتصرف وحده؛ وفى ذلك يقول ابن حجر الشافعى: «وإن شرط على كل مراجعة الآخر لم يضر؛ لأنهما بمثابة عامل واحد؛ فلم يناف ما مر من اشتراط استقلال العامل، ولا قولهم لو شرط عليه مشرفًا لم يصح»[(٢)].

مما تقدم يتضح أن الفقه الإسلامى فى غالبيته يشترط أن تكون أموال الشركة تحت يد الشريك الذى يقدم عمله حصة فيها، باعتباره مديرًا لها، وانفراده بالتصرفات التى تقتضيها إدارة الشركة وتصريف أمورها.

ولذلك يجب أن تتوافر فى هذا الشريك صفات خاصة من الخبرة فى النشاط الذى تزاوله الشركة أو فى مسائل التجارة أو الصناعة بصفة عامة، فالعمل اليدوى العادى لا يجوز أن يقدم كحصة عمل؛ لأنه يقصر بصاحبه عن استطاعة مباشرة مثل هذه الأمور التى قد يتوقف عليها نجاح الشركة.

فالشريك بالعمل هو وحده الذى يتولى إدارة العمل ومباشرة التصرفات اللازمة لتحقيق أغراض الشركة. ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل إن بعض المذاهب يرى ألَّا يضيق عليه النطاق الذى يتصرف فى حدوده، وألا ينتقص من سلطة التقدير التى

---

(١) ينظر البدائع (٦/ ١٠٠)، والمنتقى (٥/ ١٥٣)، وكشاف القناع (٢/ ٢٦٣) .

(٢) ينظر تحفة المحتاج (٢/ ٤٢١)، والمبسوط (٢٢/ ٤٤)، والمغنى (٥/ ٣١)، وحاشية الدسوقى (٣/ ٤٦٥) .

تخول له.

ومن الفقهاء من رأى فى شدة التضييق لنطاق سلطة التقدير ما يخرج عقد شركة المضاربة عن أن يكون شركة، إلى أن يكون إجارة مجهولة العوض.

ولعل فى هذا ما يدل على ما يتمتع به عنصر العمل فى الفقه الإسلامى من تقدير واعتبار[١].

إذا ثبت أن الفقه الإسلامى يجعل الشريك صاحب الحصة بالعمل هو مدير الشركة (المضاربة) باعتباره صاحب الحق وحده فى التصرف لحساب الشركة، فهو فى ذلك وكيل عن أصحاب حصص رأس المال، أو بتعبير آخر وكيل عن الشركة. وباعتباره وكيلًا، والوكيل قابل للعزل دائمًا - فهل يكون ككل وكيل من حيث قابليته للعزل، وبالتالى - هل يكون له الحق فى عزل نفسه عن إدارة الشركة؟

الظاهر من أقوال فقهاء المذاهب: أن عزل الشريك صاحب الحصة بالعمل جائز سواء كان عزلًا جزئيًا - أى: عن تصرف معين - كالنهى عن السفر، أو عزلًا تامًا، أى: منعًا من القيام بجميع التصرفات.

وفى الحالة الأخيرة يترتب على العزل انحلال الشركة بأسرها؛ إذا لم يكن فى هذه الشركة حصص عمل أخرى تتولى الإدارة.

إلا أن الحنفية والمالكية اشترطوا لجواز العزل: أن يكون المال سائلًا، وهم بذلك يراعون حق الشريك صاحب الحصة بالعمل فى الأرباح المنتظرة؛ حتى لا يضيع عليه هذا الحق، فلا ينتج الفسخ أو العزل الكلى أثره إلا وأموال الشركة جميعها سائلة.

وقد راعى ذلك الحق بعض الشافعية عندما أجازوا لهذا الشريك التصرف - ولو بعد الفسخ، أى: العزل الكلى - إذا كانت أموال الشركة عند العزل عبارة عن سلع وموجودات، فله الحق فى بيعها؛ ليصير المال سائلًا؛ إذا كان الربح فيها متوقعًا.

ومراعاة حق هذا الشريك وما يترتب عليه من توقف الفسخ أو العزل الكلى على سيولة أموال الشركة، والعلم به عند الحنفية - يبين وضعه الخاص؛ إذ هو ليس وكيلًا عاديًا.

---

(١) ينظر الحصة بالعمل ص (٢٢٣، ٢٢٤).

أما عن عزل الشريك صاحب الحصة بالعمل نفسه عن إدارة الشركة، فهو تعبير عن إرادة فسخ الشركة من جانبه؛ حيث إنه بهذا العزل عن التصرف لا يكون له - بحسب الأصل - عمل آخر يؤديه للشركة؛ فيدل بذلك على إرادته الانسحاب من الشركة.

ولذلك إذا عزل نفسه عن التصرف، انحلت الشركة ما لم يكن ضمن موضوع حصته أعمال أخرى، غير أعمال الإدارة الخارجية. وفى هذه الحال يلزمه بعض الفقهاء ببيع السلع الموجودة لدى الشركة؛ ترتيبًا على إلزامه رد رأس المال إلى الصفة التى كان عليها عند بداية نشاط الشركة، بينما لا يرى البعض ذلك إلا إذا كان فى سلع وموجودات الشركة ربح متوقع[(١)].

وهذا يتفق أيضًا ووضع صاحب الحصة بالعمل كمدير للشركة، من حيث مغايرته لوضع الوكيل العادى.

واشتراط سيولة أموال الشركة يحقق - أيضًا - حماية مصالحها، وتظهر فائدته بوضوح حين يكون العزل صادرًا من جانب الشريك صاحب الحصة بالعمل؛ بأن يعزل نفسه عن التصرف.

فهذا الشرط يجنب الشركة نتائج عزل هذا الشريك نفسه عن الإدارة فى وقت غير ملائم، خلال نشاطها التجارى. فقد يترتب على هذا العزل انحلال الشركة كلها، بينما تكون أموالها سلعًا أو ديونًا لدى الغير، أو عروضًا قابلة للتلف السريع.

ولذلك فإن هذا الشرط يحول دون خروجه - وهو المدير الذى يتولى التصرف - من الشركة فى وقت تحتاج إلى جهوده، وحسنا فعل بعض الشافعية حين ألزموه بالاستمرار فى النشاط بعد الفسخ ولو كان من جانبه.

ويعتبر هذا الشرط قيدًا على حرية هذا الشريك فى الانسحاب من الشركة.

واشترط الحنفية[(٢)] لوقوع العزل علم الشركاء فوق اشتراط سيولة أموال الشركة، وهذا يتيح الفرصة أمام جميع الشركاء لتدارك الأمر، وما يترتب على العزل من نتائج. وهذا ما يؤدى إلى تحقق الاستقرار للشركة وحمايتها من فجاءات العزل فى الأوقات غير المناسبة[(٣)].

---

(١) ينظر المنتقى (٥/ ١٦٣)، والمحلى (٨/ ٢٤٩)، ونهاية المحتاج (٤/ ١٧٥، ١٧٦) .
(٢) ينظر البدائع (٦/ ١١٣) .
(٣) ينظر الحصة بالعمل (٢٥٢ - ٢٥٤) .

الفصل الرابع

الواجبات والحقوق المترتبة على وجود الشركة

إن وجود أى شركة يترتب عليه وجود واجبات يلتزم بها الشركاء تجاه الشركة، وفى المقابل يحصل هؤلاء الشركاء على حقوق، ثم إن الشركة تجرى تعاملات مع الجمهور، ومن ثم يلزمها حقوق لهذا الجمهور، أضف إلى ذلك تعاملات الشركاء الشخصية مع هذا الجمهور وما يترتب عليها من حقوق شخصية للجمهور على الشركات، وبالتالى يأتى هذا الفصل مقسمًا على أربعة مباحث:

المبحث الأول: واجبات الشركاء تجاه الشركة.

المبحث الثانى: حقوق الشركاء.

المبحث الثالث: حقوق دائنى الشركة.

المبحث الرابع: حقوق الدائنين الشخصيين للشركاء.

وسنحاول جاهدين أن نقارن بين نظرة كل من القانون الوضعى والفقه الإسلامى إلى الموضوعات المتعلقة بهذه المباحث:

المبحث الأول

واجبات الشركاء تجاه الشركة

أولًا: تنص المادة ٥٢١ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ - على الشريك أن يمتنع من أى نشاط يلحق الضرر بالشركة، أو يكون مخالفًا للغرض الذى أنشئت لتحقيقه».

«٢ - وعليه أن يبذل من العناية فى تدبير مصالح الشركة ما يبذله فى تدبير مصالحه الخاصة، إلا إذا كان منتدبًا للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد».

ويؤخذ من هذه النصوص أن على الشريك بذل قدر معين من العناية فى تدبير مصالح الشركة.

يقول الدكتور السنهورى: والعناية المطلوبة من الشريك فى تدبير مصالح الشركة هى العناية التى يبذلها فى تدبير مصالحه الخاصة؛ فلا ينزل عن هذا القدر من العناية حتى لو زاد على عناية الرجل المعتاد.

فإذا كان الشريك معروفًا بالحرص والإتقان بحيث تزيد عنايته بمصالحه الشخصية على عناية الرجل المعتاد، وجب عليه أن يبذل هذا القدر من العناية إذا تولى مصالح الشركة؛ فيزيد فى عنايته على عناية الرجل المعتاد.

وإذا كانت عنايته بمصالحه هى عناية الرجل المعتاد، وجبت عليه هذه العناية فى تدبير مصالح الشركة.

أما إذا كانت عنايته بمصالحه تنزل عن عناية الرجل المعتاد، فلا يجب عليه إلا هذا القدر من العناية فى تدبير مصالح الشركة؛ فينزل فتدبيرها عن عناية الرجل المعتاد.

وهذا كله إذا تولى تدبير مصلحة من مصالح الشركة، يستوى فى ذلك ألَّا يكون منتدبًا لإدارة الشركة أو يكون منتدبًا لإدارتها ولكن بغير أجر. أما إذا كان منتدبًا للإدارة بأجر، فيجب عليه أن يبذل فى تدبير مصالح الشركة العناية التى يبذلها فى تدبير مصالحه الشخصية، دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد؛ فيبذل العناية التى يبذلها فى مصالحه الشخصية إذا كانت هذه العناية تزيد أو تعادل عناية الرجل المعتاد، ويبذل عناية الرجل المعتاد إذا كانت عنايته فى تدبير مصالحه الشخصية تنزل عن هذا القدر من العناية.

ويتضح من ذلك أن العناية المطلوبة من الشريك فى تدبير مصالح الشركة تزيد على العناية المطلوبة من الوكيل العادى فى إدارة شئون موكله؛ فقد نصت المادة ٧٠٤ مدنى فى شأن الوكيل على أنه:

«١ - إذا كانت الوكالة بلا أجر، وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

٢ - فإن كانت بأجر، وجب على الوكيل أن يبذل دائمًا فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد».

فالوكيل - سواء كان بأجر أو بغير أجر - لا تطلب منه عناية تزيد على عناية الرجل المعتاد، أما الشريك فقد تطلب منه عناية تزيد على عناية الرجل المعتاد إذا كانت عنايته بمصالحه الشخصية تزيد على هذا القدر.

ويرتب النص على ما يتطلب أن يبذله الشريك من العناية فى تدبير مصالح

الشركة، أن يمتنع الشريك «عن أى نشاط يلحق الضرر بالشركة أو يكون مخالفًا للغرض الذى أنشئت لتحقيقه». ذلك أن الشريك إذا بذل نشاطًا يلحق الضرر بالشركة أو يكون مخالفًا لأغراضها، لا يكون قد بذل فى تدبير مصالح الشركة العناية التى يبذلها فى تدبير مصالحه الشخصية؛ فيكون مقصرًا، وتترتب على هذا التقصير مسئوليته نحو الشركة والشركاء.

مثال ذلك: الشريك الذى يحق له الاعتراض على عمل يريد من يتولى إدارة الشركة القيام به - على التفصيل الذى قدمناه - فهذا الشريك إذا كان له حق الاعتراض على العمل قبل إتمامه، فإنه يجب أن يكون لهذا الاعتراض مبرر.

فإذا أقدم الشريك على الاعتراض عن سوء نية أو عن تسرع ينطوى على التقصير، فأوقف بذلك تنفيذ عمل من أعمال الإدارة يفيد الشركة فائدة ظاهرة - فإنه يكون مسئولًا عن رعونته وتقصيره؛ إذ نزل فى هذا الاعتراض عن قدر العناية المطلوبة منه، وذلك حتى لو رفضت الأغلبية هذا الاعتراض فأمكن إتمام العمل، ما دام قد ثبت أن ضررًا قد لحق الشركة من جراء التأخر فى إتمامه.

ومثال ذلك - أيضًا -: أن يقوم الشريك بعمل من الأعمال الداخلة فى أغراض الشركة، قاصدًا بذلك منافستها، فهذا النشاط الصادر من الشريك من شأنه أن يلحق الضرر بالشركة، ويكون الشريك مسئولًا عن تعويض الضرر الذى أصاب الشركة من جراء هذا العمل.

وقد حدد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى هذه المسئولية فى نص تشريعى؛ إذ تقول المادة ٨٦٥ من هذا التقنين: «لا يجوز للشريك - بدون موافقة شركائه - أن يقوم لحسابه أو لحساب الغير بأعمال شبيهة بأعمال الشركة؛ إذا كانت هذه المنافسة تضر بمصالح الشركة.

وعند المخالفة يحق للشركاء الاختيار بين أن يطالبوه ببدل العطل والضرر، أو أن يتخذوا لحسابهم الأعمال التى ارتبط بها ويطلبوا قبض الأرباح التى جناها، هذا كله مع الاحتفاظ بحق العمل على إخراجه من الشركة.

وإذا مضت ثلاثة أشهر ولم يختاروا أحد الأوجه المذكورة، فقدوا حق الاختيار ولم يبق لهم سوى حق الحصول على بدل العطل والضرر عند الاقتضاء».

وهذا النص - فيما عدا المواعيد التى حددها للاختيار - ليس إلا تطبيقًا للقواعد

العامة، فيمكن تطبيقه فى مصر؛ ومن ثم يجوز للشركة أن ترجع على الشريك الذى قام بعمل منافس بالتعويض عن الضرر الذى أصابها من هذه المنافسة، وقد تقتصر على مطالبته بالأرباح التى جناها من العمل الذى قام به، ولكل من الشركاء فوق ذلك أن يطلب من القضاء إخراج الشريك الذى أخل بواجبه من الشركة؛ تطبيقًا للفقرة الأولى من المادة ٥٣١ مدنى، وسيأتى بيانها.

على أنه إذا ثبت أن الشريك قبل دخوله الشركة كان يشتغل بعمل يدخل فى الأعمال التى تقوم بها الشركة على علم من شركائه، ولم يطلبوا إليه أن يترك هذا العمل عند دخوله فى الشركة - فإن استمراره فى هذا العمل لا يرتب مسئولية فى ذمته؛ لأن الشركاء بعدم طلبهم إليه أن يترك العمل يكونون قد وافقوا ضمنًا عليه.

ويتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى الحظر على الشريك أن يقوم بعمل من شأنه منافسة الشركة؛ محافظة على مصالحها، حيث نجد الفقه الإسلامى يحظر مثل هذا العمل على المضارب؛ فإذا ضارب لرجل، لم يجز أن يضارب لآخر؛ إذا كان فيه ضرر على الأول[1].

وعاقب الفقه الإسلامى الشريك فى هذه الحالة بإلزامه بالتعويض، جاء فى المغنى: «وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر؛ إذا كان فيه ضرر على الأول، فإن فعل وربح رده فى شركة الأول».

ويعتبر الفقه الإسلامى الشريك أمينًا على ما فى يده من مال التجارة؛ ولذلك يجب عليه أن يبذل من العناية ما يبذله بالنسبة لأمواله الخاصة، وهو أمر اتفق فيه القانون مع الفقه الإسلامى أيضًا.

ولو هلك المال بدون تعد أو تقصير من الشريك فلا ضمان عليه فى الفقه الإسلامى؛ لأنه مؤتمن. أما إن تعدى أو قصر، فعليه ضمان ما هلك بقيمته يوم هلاكه إن كان قيميا، وبمثله إن كان مثليا.

ويقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه فى ضياع المال مع يمينه؛ لأنه أمين.

ولكل شريك أن يبيع بقليل الثمن وكثيره إلا بما لا يتغابن الناس فى مثله. وليس

---

(١) ينظر الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون، خاتمة الرسالة .

للشريك حق التمليك لغيره بغير عوض كالهبة والقرض... إلخ؛ لأن مقصود الشركة الاسترباح، وهذه الأمور تتناقض معه.

وإذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله، أو اشترى شيئًا نهى عن شرائه، فهو ضامن للمال[١].

ومما يترتب على العناية المطلوبة من الشريك بذلها فى تدبير مصالح الشركة: أن الشريك إذا كان منتدبًا لإدارة الشركة، وجب عليه أن يبذل من العناية فى إدارة شئونها القدر الذى يبذله فى إدارة مصالحه الشخصية، فإن كان بأجر وجب ألَّا ينزل فى هذه العناية عن عناية الرجل المعتاد، كما سبق القول. فإذا أتى الشريك المنتدب للإدارة عملًا مخالفًا لنظام الشركة أو مخالفًا للقانون، أو قصر فى إدارته للشركة بحيث نزل عن مقدار العناية المطلوبة منه - كان مسئولًا عن التعويض، وجاز طلب إخراجه من الشركة؛ تطبيقًا للفقرة الأولى من المادة ٥٣١ مدنى التى سيأتى ذكرها. أما إذا أصاب الشركة ضرر بسبب أجنبى لا يد له فيه، لم يكن مسئولًا عنه؛ لأنه لم يرتكب خطأ تترتب عليه مسئوليته.

ثانيًا: تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٢٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغًا من مال الشركة، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلى عند الاقتضاء».

يقول الدكتور السنهورى: والشريك، سواء كان منتدبًا للإدارة أو غير منتدب، يجب أن يقدم حسابًا للشركة عن جميع ما يقوم به من عمل لحسابها. وهو فى هذا الصدد كالوكيل، يجب عليه أن يوافى موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حسابًا عنها (م ٧٠٥ مدنى).

وهو فى الأعمال التى يقوم بها لحساب الشركة قد يصل إلى يده مال لها؛ فيجب أن يؤدى حسابًا عن هذا المال وأن يدفعه فورًا للشركة. فإذا أدار شئون الشركة، فقد يقبض مبالغ لحسابها، كأن يبيع مالًا للشركة فيقبض الثمن، أو يؤجر مالًا لها فيقبض الأجرة، أو يستوفى دينًا للشركة، أو يشترى مالًا من الشركة أو يستأجر منها مالًا

---

(١) ينظر السابق ص (١٢٦، ١٢٧).

فيجب عليه الثمن أو الأجرة، أو يقوم بغير ذلك من الأعمال فيقبض مالًا لحساب الشركة - فالواجب عليه ألا يحتجز هذا المال فى يده، بل يوفيه للشركة فورًا، إلا ما يقضى به العرف فى التعامل أو الاتفاق أو نظام الشركة. وقد يأخذ مالًا من الشركة لعمل يقوم به فلا يتم العمل، أو يأخذ مالًا لها لاستعماله الشخصى أو لغير ذلك من الأسباب - ففى جميع هذه الأحوال يجب أن يرد للشركة مالها فورًا، ما لم يقض العرف أو الاتفاق أو نظام الشركة بغير ذلك.

فإذا هو احتجز مالًا للشركة، أو أخذ من الشركة مالًا، ولم يوفها ما احتجزه أو ما أخذه - كان مسئولًا عن رد هذا المال للشركة، وكان مسئولًا أيضًا عن فوائده بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى حسب الأحوال، بمجرد ترتب الالتزام برد المال فى ذمته للشركة إلى وقت الرد، وذلك دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار.

وهذا كله دون إخلال بأى تعويض تكميلى عن ضرر يصيب الشركة من جراء التأخر، ويزيد على الفوائد المستحقة.

وقد رأينا مثل ذلك فيما إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغًا من النقود ولم يقدم هذا المبلغ، فتلزمه فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء (م ٥١٠ مدنى).

والشريك فى كل ذلك مسئوليته أشد من مسئولية الوكيل؛ إذ الوكيل لا تلزمه فوائد المبالغ التى فى ذمته للشركة إلا من وقت استخدامها لصالحه أو من وقت أن يعذر (م ٧٠٦/ ٢ مدنى).

وقياسًا على ما تقدم، يمكن القول أن الشريك إذا احتجز أو أخذ مالًا للشركة غير النقود: كأوراق مالية أو منقولات، كان مسئولًا عن رده وكان مسئولًا أيضًا عن التعويض دون حاجة إلى إعذار، حتى لو لم يكن قد أفاد من هذا المال شيئًا، ما دامت الشركة قد لحقها الضرر. أما إذا كان المحتجز أو المأخوذ نقودًا فالفوائد تستحق على النحو الذى قدمناه حتى لو لم يصب الشركة ضرر.

ثالثًا: يضاف إلى واجبات الشريك المذكورة هاهنا واجب آخر هو مساهمة الشريك فى خسائر الشركة؛ وهذا ما أوضحناه عند حديثنا عن مساهمة الشركاء فى الأرباح والخسائر فى فصل أركان الشركة.

المبحث الثانى

حقوق الشركاء

أولًا: تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٢٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«وإذا أمدَّ الشريك الشركة من ماله، أو أنفق فى مصلحتها شيئًا من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر - وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها.

ويتضح من نص هذه المادة أن الشريك إذا أنفق مصروفات فى سبيل تدبيره لمصالح الشركة، كأن يقوم - مثلًا - بإيفاء ديون الشركة من ماله الخاص، أو يتعهد لحساب الشركة فيلتزم شخصيًّا نحو الغير وينفذ تعهده، أو يمد الشركة بشىء من ماله ينفقه فى مصالحها - فإنه فى مثل هذه الحالات ينظر فى هذه المصروفات التى أنفقها الشريك: فإن كانت تعود بالنفع على الشركة، وكانت غير مبالغ فيها، بل كان الإنفاق عن حسن نية وتبصر - فإن الشريك يرجع على الشركة بما أنفق: إما باعتباره وكيلًا وإما باعتباره فضوليًّا، وفى الحالتين لا يقتصر على الرجوع بالمبالغ التى أنفقها، بل يرجع أيضًا بفوائد هذه المبالغ بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى، من يوم دفعها. وشأن الشريك فى ذلك شأن الوكيل (م ٧١٠ مدنى) وشأن الفضولى (م ١٩٥ مدنى).

هذا من وجهة نظر القانون الوضعى. أما من وجهة نظر الفقه الإسلامى، فيقول الدكتور يوسف عبد الفتاح المرصفى[1]: للشريك فى هذه الحالة - أى: إذا أنفق من ماله الخاص فيما يعود على الشركة بالنفع - أن يسترد ما قدم من مال خاص لا يدخل ضمن أموال الشركة، مضافا إليه ما حققه هذا المال من أرباح؛ إذ لا استحقاق لشريكه الآخر فيها.

جاء فى الهداية: «وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر؛ لأنه وكيل والوكيل هو الأصل فى الحقوق، ثم يرجع على شريكه بحصته منه؛ إذا كان قد أدى من مال نفسه. فإذا كان شريكه لا يعرف هذا إلا بقوله، فعليه الحجة؛ لأنه يدعى وجوب المال فى ذمة الآخر، وهو ينكر، والقول للمنكر مع يمينه».

---

(١) ينظر السابق ص (١٢٧).

ثانيًا: اعلم أن حصة الشريك فى رأس المال قد انتقلت ملكيتها منه إليها، وبناء عليه فإن الشريك لا يكون مالكًا لحصته بعد تقديمها للشركة، ومن ثم لا يستطيع أن يتصرف فى هذه الحصة. وإنما حق الشريك فى الشركة هو حق دائنيه droit de creance يخول له أن يساهم فى أرباح الشركة، وأن يقتسم رأس مالها مع سائر الشركاء بعد حلها وتصفيتها[1].

وبناء على هذا نستطيع القول: إن ثانى حقوق الشريك تجاه الشركة هو حقه فى اقتسام الأرباح، وقد سبق أن بينا ذلك مفصلًا فى فصل أركان الشركة.

وحق الشريك فى اقتسام الأرباح هو أمر متفق عليه بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى.

ثالثًا: ينبنى على ما ذكرناه فى البند ثانيًا من انتقال ملكية حصة الشريك فى رأس المال إلى الشركة - تساؤل مؤداه: هل يستطيع الشريك أن يتصرف فى حصته من الشركة لصالح الغير؟

يجيب عن هذا التساؤل الدكتور السنهورى قائلًا:

الأصل: أن الشريك إنما لوحظت فيه اعتبارات شخصية عند قبوله شريكًا؛ فلا يجوز أن ينزل عن حقه فى الشركة - بعوض أو بغير عوض - لأجنبى يحل محله ويصبح شريكًا مكانه. وذلك ما لم يقبل سائر الشركاء هذا التنازل ويرتضوا الأجنبى شريكًا، ويكون هذا تعديلًا فى عقد الشركة يقتضى الموافقة عليه من جميع الشركاء كما قدمنا.

وقد ينص عقد الشركة مقدمًا على إمكان هذا التنازل، ويشترط له شروطًا يذكرها: كأن يشترط موافقة الشركاء، أو أن يعرض الشريك حقه على الشركاء قبل أن ينزل عنه لأجنبى، أو غير ذلك من الشروط.

فإذا استوفى الشريك الشروط الواجبة، جاز له التصرف فى حقه لأجنبى، وأصبح الأجنبى شريكًا مكانه له جميع حقوق الشريك وعليه جميع واجباته.

والتنازل فى هذه الحالة يكون أقرب إلى حوالة الحق؛ فحق الشريك قبل الشركة كما قدمنا حق دائنيه Droit de Creance؛ فيجب إعلان الشركة به أو قبولها له

---

(١) ينظر الوسيط ص (٣٢٣ - ٣٣٤).

حتى يكون التنازل نافذًا فى حقها، ويجب أن يكون القبول ثابت التاريخ حتى يكون التنازل نافذًا فى حق الغير، وهذه هى القواعد المقررة فى حوالة الحق.

أما إذا لم يستوف الشريك الشروط الواجبة، وتنازل مع ذلك عن حقه لأجنبى - فإن التنازل يبقى قائمًا بينه وبين الأجنبى، ولكنه لا يكون نافذًا فى حق الشركة أو الشركاء؛ فيبقى الشريك المتنازل شريكًا فى الشركة، ويكون الأجنبى بعيدًا عنها لا علاقة له بها، ولا يجوز له التدخل فى شئونها، ويتقاضى الشريك حقوقه من الشركة، ويرجع عليه الأجنبى بهذه الحقوق.

والشريك وحده هو الذى يطالب الشركة بالاطلاع على دفاترها ومستنداتها، وبقسمة أرباحها، وهو وحده الذى يحق له الاعتراض على عمل من أعمال الإدارة عندما يجوز للشركاء الاعتراض على هذه الأعمال، وهو الذى يطالب بنصيبه فى رأس المال عند حل الشركة وتصفيتها.

أما الأجنبى فلا يستطيع شيئًا من ذلك، وإنما يرجع - كما قدمنا - على الشريك الذى تنازل له عن حقه.

وله - أيضًا - أن يرجع على الشركة باسم الشريك باعتباره دائنًا له، وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة، فيطالب الشركة بحقوق الشريك لا بحقوقه هو.

وكما أن الشريك لا يستطيع أن يتنازل عن حقه فى الشركة إلا بموافقة سائر الشركاء على النحو الذى قدمناه، كذلك لا ينتقل هذا الحق إلى ورثة الشريك بالميراث.

وسنرى فيما يلى أن الشركة تنتهى بموت أحد الشركاء (م٥٢٨/ ١ مدنى)، وإن كان يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قُصَّرًا، كما يجوز الاتفاق على أن تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء، وفى هذه الحالة لا يكون لورثة الشريك إلا نصيبه فى أموال الشركة (م٥٢٨/ ٢ و ٣ مدنى)، وسيأتى بيان ذلك فيما يلى.

أما دائنو الشريك فليست لهم حقوق مباشرة على حق الشريك؛ فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقهم فيما يخص ذلك الشريك فى رأس المال، وإنما لهم أن يتقاضوها فيما يخصه فى الأرباح.

أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم فى أموال الشركة الصافية، ويجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظى على نصيب

الشريك.

وإذا كان الشريك لا يحق له التصرف فى حقه تصرفًا ينفذ فى حق الشركة بدون موافقة الشركاء - فإنه مع ذلك يستطيع بدون موافقة الشركاء أن يشرك غيره فى حقه، فيتخذ له رديفًا croupier، ولكن هذا الإشراك لا يكون نافذًا فى حق الشركة، وتقتصر آثاره على العلاقة فيما بين الشريك والرديف. فإذا أشرك الشريك الرديف فى حقه بمقدار النصف مثلًا، قامت شركة من الباطن فيما بينهما، وتكون شركة محاصة؛ فيكون لكل من الشريك والرديف نصف أرباح الشريك من الشركة، ويكون على كل منهما نصف الخسارة. وإذا حلت الشركة وصفيت، وأعطى الشريك نصيبه من رأس المال - اقتسم معه الرديف هذا النصيب مناصفة. ولكن الرديف لا تكون له علاقة مباشرة بالشركة الأصلية؛ فلا يطالبها بأرباح، ولا تطالبه بخسارة، ولا يستطيع أن يشترك فى مداولاتها، ولا فى إدارتها، وليس له حق الاعتراض على أعمال الإدارة، ولا أن يطلب الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها؛ ولا أن يتدخل فى أى شأن من شئونها، وتبقى علاقته مقصورة على الشريك الذى كون معه الشركة فى الباطن كما قدمنا. وهذا لا يمنع من رجوع الرديف على الشركة بطريق الدعوى غير المباشرة؛ فيطالبها باسم الشريك بحقوق هذا الشريك فى الأرباح مثلًا، وبسائر الحقوق التى تكون للشريك قبل الشركة.

كذلك للشركة أن ترجع بطريق الدعوى غير المباشرة على الرديف، فتطالبه بوجه خاص باسم الشريك بالمساهمة فى خسائر الشركة.

وعدم جواز تنازل الشريك عن حقه فى الشركة إنما يسرى أثناء قيام الشركة. أما بعد حل الشركة، فيجوز لكل شريك - وقد أصبح مالكًا على الشيوع لأموال الشركة - أن ينزل عن حقه لأجنبى، وأن ينيبه عنه فى التصفية، ولهذا الأجنبى أن يستعمل حقوق الشريك وأن يحل محله.

رابعًا: يجعل الفقه الإسلامى للشريك الحق فى نفقات الأسفار التى يقوم بها من أجل الشركة، كما يعطيه الحق فى العمل فى شركة أخرى؛ بشرط عدم الإضرار بالشركة الأولى[1]. جاء فى حاشية الدسوقى: «ويجوز لأحد الشريكين أن يأخذ مالا

---

(١) ينظر الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون ص (١٢٧، ١٢٨).

من أجنبى يعمل فيه قراضا بغير إذن شريكه؛ إذا كان لا يشغله عن العمل فى مال الشركة، أو كان يشغله عن العمل فيه، ولكن أذن له شريكه فى أخذه»[1].

المبحث الثالث: حقوق دائنى الشركة:

تنص المادة ٥٢٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ - إذا لم تف أموال الشركة بديونها، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون فى أموالهم الخاصة، كل منهم بنسبة نصيبه فى خسائر الشركة ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى. ويكون باطلًا كل اتفاق يعفى الشريك من المسئولية عن ديون الشركة».

«٢ - وفى كل حال يكون لدائنى الشركة حق مطالبة الشركاء كل بقدر الحصة التى تخصصت له فى أرباح الشركة».

وتنص المادة ٥٢٤ على ما يأتى:

«١ - لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة، مالم يتفق على خلاف ذلك».

«٢ - غير أنه إذا أعسر أحد الشركاء، وزعت حصته فى الدين على الباقين كل بقدر نصيبه فى تحمل الخسارة».

يتضح من هذه النصوص القانونية: أن حقوق دائنى الشركة تتمثل فى ثلاثة محاور هى:

أولًا - حقوق دائنى الشركة على أموال الشركة:

قلنا: إن للشركة شخصية معنوية؛ وبناء على ذلك فإن أموالها ملك لها خاصة لا للشركاء. ومن ثم تكون هذه الأموال هى الضمان العام لدائنى الشركة، شأن الشركة فى ذلك شأن كل مدين. ويكون لدائنى الشركة أن يتقاضوا حقوقهم من أموال الشركة بالطرق القانونية المقررة، ولا يزاحمهم فى ذلك الدائنون الشخصيون للشركاء؛ لأن أموال الشركة ليست للشركاء كما قدمنا.

وإذا كانت أموال الشركة لا تفى بجميع حقوق دائنيها، قسمت هذه الأموال بينهم قسمة الغرماء، مع مراعاة حقوق الدائنين الذين لهم قانونًا التقدم على سائر الدائنين.

ولا يجوز لدائن الشركة أن ينفذ بحقه على أموال الشركاء الخاصة قبل أن ينفذ

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقى (٣/ ٣٥٤).

على أموال الشركة، وإلا كان للشركاء حق طلب التجريد. فدائن الشركة يتقاضى حقه أولًا من أموال الشركة، فإن بقى له شيء رجع به فى أموال الشركاء الخاصة على النحو الذى سنبينه.

ولا يختلف الأمر بالنسبة لحقوق دائنى الشركة فى الفقه الإسلامى عنه فى القانون الوضعى، ففى الفقه الإسلامى - كما يقرر الدكتور يوسف المرصفى -: ليس لأحد الشركاء أن يستدين على مال الشركة، دون إذن شريكه، وإلا كان وحده مطالبا بالدين. وما يقترضه أحدهما للشركة يلزمهما معا. وإذا أقر أحدهما بدين لا يلزم الآخر إذا أنكره. ويستطيع دائن الشركة أن يعود على أى من الشركاء بالدين كله: إما بوصفه عاقدًا، وإما بوصفه وكيلا، فإذا وفاه أحد الشركاء برئت ذمة الآخرين من الدين، وكان لهذا الشريك أن يعود على باقى الشركاء، كل بقدر نصيبه فى الدين، بوصفه وكيلا عنهم[1].

ثانيًا - حقوق دائنى الشركة على أموال الشركاء الخاصة:

فإذا فرض أن دائنًا للشركة بمبلغ ألفين لم يستوف من مال الشركة غير ألف، فإنه يرجع بالألف الباقية على الأموال الخاصة للشركاء. ونفرض أن الشركاء أربعة، وأن أنصبتهم فى خسائر الشركة متساوية؛ فيكون لدائن الشركة فى هذه الحالة أن يرجع على كل من الشركاء الأربعة بنسبة نصيبه فى خسائر الشركة «م ٥٢٣/ ١ مدنى»، فيرجع على كل منهم بمائتين وخمسين.

ولا يكون هؤلاء الشركاء الأربعة متضامنين نحو دائنى الشركة، إلا إذا كان التضامن مشترطًا، فعندئذ يستطيع الدائن أن يرجع على أى من الشركاء بالألف كلها، ويرجع من دفع الألف على سائر الشركاء كل بقدر حصته؛ طبقًا لقواعد التضامن.

أما إذا كان التضامن غير مشترط، فإن دائن الشركة لا يرجع على كل شريك إلا بمائتين وخمسين كما قدمنا (م٥٢٤ / ١مدنى)، ولكن إذا أعسر أحد هؤلاء الشركاء فلم يستطع دائن الشركة أن يتقاضى منه شيئًا، فإن حصته فى الدين - وهى مائتان وخمسون - توزع على الثلاثة الباقين كل بقدر نصيبه فى تحمل الخسارة (م ٥٢٤/ ٢ مدنى) ؛ فيرجع دائن الشركة على كل من الثلاثة الباقين بثلاثمائة وثلاثين وثلث،

---

(١) ينظر: الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون ص (١٢٨، ١٢٩).

ويكون الشركاء هم الذين تحملوا تبعة إعسار صاحبهم، ولم يتحمل الدائن هذه التبعة، وهذه هى إحدى فوائد التضامن أثبتها القانون لدائن الشركة دون أن يثبت له بقية الفوائد. وإذا أعسر شريكان من الأربعة، وزع نصيباهما على الاثنين الباقيين، ورجع دائن الشركة على كل من هذين الاثنين بخمسمائة.

وقد يتفق الشركاء على أن يكون نصيب كل منهم فى مسئوليته عن ديون الشركة فى ماله الخاص غير نصيبه فى تحمل خسائر الشركة: فيكون نصيب الشريك فى تحمل خسائر الشركة مثلًا الربع، ونصيبه فى المسئولية عن ديون الشركة الثلث، وعند ذلك يراعى هذا الاتفاق، ويرجع دائن الشركة على هذا الشريك بثلث ما بقى من حقه لا بالربع فقط.

ويلاحظ أن دائن الشركة إذا رجع على أحد الشركاء فى ماله الخاص بنسبة معينة وفقًا للقواعد المتقدم ذكرها، زاحمه الدائنون الشخصيون لهذا الشريك؛ لأن المال مملوك لمدينهم فيدخل فى ضمانهم.

فإذا لم يف مال الشريك الخاص بحقوق دائن الشركة ودائنيه الشخصيين، فما نقص من حق دائن الشركة يرجع به هذا على بقية الشركاء كل بقدر نصيبه فى الخسارة؛ لأن هذا إعسار جزئى من أحد الشركاء يتحمله الباقون بهذه النسبة كما سبق القول.

ولا يجوز أن يتفق الشركاء على إعفاء أحدهم من مسئوليته فى ماله الخاص عن ديون الشركة، ويكون هذا الاتفاق باطلًا، ولا يستطيع الشريك الذى أعفى أن يتمسك بهذا الإعفاء، لا قبل دائن الشركة ولا قبل سائر الشركاء.

والبطلان هنا لنفس الأسباب التى سبق ذكرها عند الكلام فى بطلان شركة الأسد، وإنما يجوز كما قدمنا أن يتفق الشركاء على أن يكون نصيب شريك منهم فى مسئوليته عن ديون الشركة فى ماله الخاص أقل أو أكبر من نصيبه فى تحمل خسائر الشركة.

ثالثًا - حقوق دائنى الشركة على حصص الشركاء فى الأرباح:

على أن هناك جزءًا من أموال الشركاء الخاصة يتميز بأن دائنى الشركة يستطيعون أن ينفذوا عليه كله دون تقيد بنصيب الشريك فى مسئوليته عن الديون، وذلك هو ما يصيب الشريك من أرباح الشركة. ذلك أن الشريك لا يجوز أن يخلص له ربح من

الشركة قبل أن يستوفى دائنو الشركة حقوقهم كاملة، وإلا كان مثريًا على حساب الدائنين. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٢٣ مدنى، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص: «يطابق هذا النص ما ورد بالمادة ٤٤٤/٥٤١ من التقنين الحالى (السابق). والحكم الوارد به هو تطبيق للقواعد العامة؛ إذ لا يجوز أن يثرى شخص بلا سبب على حساب الغير. وعلى ذلك يجوز دائمًا للدائن أن يرجع على الشريك بقدر ما عاد عليه من أرباح الشركة».

ونفرض - تطبيقًا لهذا النص -: أن شريكًا نصيبه فى خسائر الشركة هو الثلث، وقد حصل من أرباحها على أربعمائة، وأن دائنًا للشركة بقى له من حقه بعد أن استنفد مال الشركة ستمائة - فالدائن له أن يرجع فى هذه الحالة على هذا الشريك فى ماله الخاص بثلث ما بقى للدائن، أى بمائتين. ولكن الدائن يستطيع أيضًا أن يرجع على الشريك بالأربعمائة كلها التى حصل عليها الشريك من أرباح الشركة؛ لأن هذا الجزء من مال الشريك الخاص مسئول عن كل ما بقى من ديون الشركة كما قدمنا. فإذا استوفى الأربعمائة من الشريك لم يرجع عليه بشىء آخر؛ لأنه استوفى أكبر القيمتين - قيمة الثلث وقيمة نصيب الشريك من الأرباح - ويرجع دائن الشركة على بقية الشركاء بالمائتين الباقيتين بعد أن استوفى الأربعمائة.

ويستطيع هنا - أيضًا - أن يستوفى المائتين من أنصبة بقية الشركاء فى الأرباح على النحو الذى قدمناه.

ويلاحظ أن دائن الشركة إذا رجع فيما بقى له من حقه على نصيب شريك فى أرباح الشركة، فإن هذا النصيب - وهو مملوك للشريك - يزاحمه فيه دائنو الشريك الشخصيون.

ففى المثال المتقدم: إذا رجع الدائن بالستمائة الباقية له على الشريك فى الأربعمائة التى هى نصيبه فى الربح، ولم يكن للشريك مال خاص غير ذلك، وكان له دائن شخصى بستمائة - زاحم هذا الدائن الشركة فى الأربعمائة، وأخذ كل منهما مائتين، ويرجع دائن الشركة بما بقى له بعد ذلك على الشركاء الآخرين وفقًا للقواعد التى تقدم ذكرها.

ويرجع الدائن على الشريك فيما حصل عليه من أرباح الشركة بسبب العقد الذى أبرمه الدائن مع الشركة، حتى لو كان هذا الدائن قد تعاقد مع مدير للشركة جاوز

حدود سلطته أو مع شخص ليست له سلطة الإدارة أصلًا؛ فما دام هذا التعاقد قد عاد بربح على الشريك، كان للدائن أن يرجع عليه بمقدار هذا الربح؛ إذ يكون الشريك قد أثرى على حساب الدائن فتنطبق عليه قواعد الإثراء بلا سبب.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وينطبق هذا النص على حالة الشريك الذى تعدى سلطته فى الإدارة أو الذى لم تكن له سلطة الإدارة، ولكنه تعاقد باسم الشركة؛ ففى الحالتين لا يسأل الشركاء إلا إذا كان قد عاد عليهم ربح من عمل هذا الشريك، وبقدر هذا الربح».

المبحث الرابع

حقوق الدائنين الشخصيين للشركاء

تنص المادة ٥٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون، فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك فى رأس المال؛ وإنما لهم أن يتقاضوها مما يخصه من الأرباح.

أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم فى أموال الشركة بعد استنزال ديونها، ومع ذلك يجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظى على نصيب هذا المدين».

وبناء على هذا النص القانونى، فإن الدائن الشخصى للشريك لا حقوق له على مال الشركة لأن هذا المال قد أصبح ملكًا للشركة بصفتها شخصية اعتبارية لا للشريك مدينه؛ ومن ثم فهو لا يستطيع أن ينفذ على مال للشركة؛ ولو بقدر حصة مدينه فى رأس المال. وإذا كان مدينًا للشركة فإنه لا يستطيع أن يقاص الدين الذى عليه للشركة بالدين الذى له فى ذمة الشريك؛ فهو مدين للشركة ودائن للشريك، والشريك غير الشركة؛ فلا تقع المقاصة.

على أن الدائن الشخصى للشريك يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه الشريك قبل الشركة بطريق الدعوى غير المباشرة؛ فيستطيع - مثلًا - أن يطالب باسم الشريك بنصيب هذا فى أرباح الشركة، وإذا كان الشريك دائنًا للشركة بحق آخر استطاع دائنه أن يطالب باسمه الشركة بهذا الدين. ويجوز للشريك كذلك أن يوقع حجزًا تحفظيًا

تحت يد الشركة على ما يكون للشريك من حقوق فى ذمتها، كنصيبه فى الأرباح أو ديون أخرى.

حقوق الدائنين الشخصيين على أموال الشريك الخاصة المستمدة من الشركة:

وللدائن الشخصى للشريك بداهة أن ينفذ على الأموال الخاصة للشريك مدينه؛ فهذه الأموال ضمانه العام. وهو فى تنفيذه على هذه الأموال يزاحمه فيها دائن الشركة إذا كان لهذا حق الرجوع على أموال الشريك الخاصة، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ويجوز لدائن الشريك أن ينفذ على أموال الشريك الخاصة التى يستمدها من الشركة؛ فيجوز له أن ينفذ على الأرباح التى يقبضها الشريك من الشركة، ويزاحمه فيها دائمًا دائن الشركة بما يتبقى له من حقوق يرجع بها على أموال الشريك الخاصة، وقد سبق بيان ذلك.

وإذ صفيت الشركة أصبح رأس مالها ملكًا شائعًا بين الشركاء، وأصبح للشريك المدين جزء شائع فى هذا المال يدخل ضمن أمواله الخاصة. ومن ثم يملك دائنه الشخصى فى هذه الحالة أن ينفذ بحقه على هذا الجزء الشائع، ولا تتصور مزاحمة دائنى الشركة له فى هذا الجزء؛ فإن التصفية تقتضى أن تكون ديون الشركة قد وفيت جميعًا وما بقى من مال الشركة فهو ملك خالص للشركاء. على أن دائن الشريك يستطيع قبل التصفية وسداد ديون الشركة أن يتخذ الإجراءات التحفظية بالنسبة إلى حصة الشريك المدين، فيحجز مثلًا حجزًا تحفظيًا تحت يد المصفى على حصة الشريك، حتى إذا صفيت الشركة وسددت ديونها كان له أن ينفذ على هذه الحصة بعد أن أصبحت ملكًا خالصًا للمدين. انتهى من كتاب الوسيط فى شرح القانون المدنى، بتصرف[1].

* * *

(١) ص (٣٣٤ - ٣٤٩).

الفصل الخامس

انقضاء الشركة وتصفيتها بين الفقه والقانون

يعرض للشركات الكثير من الأسباب التى قد تؤدى إلى انقضائها وانتهائها، ثم بمجرد انتهاء الشركة لأى سبب من الأسباب، فإنها تدخل فى دور التصفية، ومن ثم فإننا سنقسم حديثنا فى هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: أسباب انقضاء الشركة.

المبحث الثانى: تصفية الشركة وقسمتها.

المبحث الأول

أسباب انقضاء الشركة بين الفقه والقانون

تتعدد الأسباب التى تؤدى إلى انقضاء الشركة من الناحية القانونية، فمنها ما يرجع إلى الشركة نفسها بحكم القانون، ومنها ما يرجع إلى حكم القضاء، وفيما يلى تفصيل ذلك.

أولًا - أسباب انقضاء الشركة بحكم القانون:

وهذه الأسباب بدورها تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: أسباب ترجع إلى محل الشركة.

النوع الثانى: أسباب ترجع إلى الشركاء.

أما الأسباب التى ترجع إلى محل الشركة فقد نصت عليها المادتان ٥٢٦، ٥٢٧ من التقنين المدنى؛ حيث تنص المادة ٥٢٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ - تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها، أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله».

«٢ - فإذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة - امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها».

«٣ - ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد، ويترتب على اعتراضه وقف أثره فى حقه»[١].

وتنص المادة ٥٢٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

---

(١) ينظر الوسيط ص (٣٥١).

«١ - تنتهى الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها».

«٢ - وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئًا معينًا بالذات، وهلك هذا الشىء قبل تقديمه - أصبحت الشركة منحلة فى حق جميع الشركاء»[1].

ومن هذه النصوص القانونية يتضح أن أسباب انقضاء الشركة التى ترجع إلى محلها، تدور فى ثلاثة أطر:

الإطار الأول: انتهاء ميعاد الشركة.

الإطار الثانى: انتهاء عمل الشركة.

الإطار الثالث: هلاك مال الشركة.

وعن هذه الأطر الثلاثة يقول الدكتور حسنى المصرى:

أولًا - انتهاء المدة:

تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها (المادة ١/٥٢٦ مدنى). فإذا لم تعين للشركة مدة جاز لكل شريك طلبُ انقضاء الشركة بإرادته المنفردة؛ حيث لا يقبل أن يظل أسيرًا لها إلى ما لا نهاية، وهو ما يعد تطبيقًا للقواعد العامة فى العقود غير معينة المدة. وتعتبر الشركة غير معينة المدة متى حددت لها مدة تتجاوز العمر العادى للإنسان ويقدر بتسع وتسعين سنة.

وإذا استمر الشركاء، بعد انقضاء المدة المعينة للشركة، فى القيام بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة - امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها (المادة ٥٢٦/ ٢ مدنى)، وهو ما يعرف بالامتداد الضمنى للشركة، ويترتب عليه استمرار الشركة لكن بشخصية معنوية جديدة. غير أنه لما كان من شأن هذا الامتداد الإضرار بالدائن الشخصى للشريك، حيث يهمه انقضاء الشركة لإخراج حصة مدينه، والتنفيذ عليها لاقتضاء حقه دون الاحتجاج فى مواجهته باستقلال الذمة المالية للشركة - فإنه يجوز له الاعتراض على ذلك الامتداد فيقف أثره فى حقه (المادة ٥٢٦/ ٣ مدنى).

وكما يكون امتداد الشركة ضمنيًا فإنه قد يكون صريحًا، أى: باتفاق الشركاء على إطالة مدتها صراحة. فإذا حصل هذا الاتفاق قبل انتهاء المدة الأصلية للشركة، فإنه

---

(١) ينظر السابق ص (٣٥٦).

يعد تعديلًا لعقدها، ويترتب عليه استمرار الشركة بشخصيتها المعنوية السابقة، أما إذا حصل هذا الاتفاق بعد انتهاء تلك المدة، فإن الشركة تكون قد انقضت بانتهاء مدتها، ومن ثم يترتب على هذا الاتفاق استمرار الشركة بشخصية معنوية جديدة. وفى الحالتين يتعين شهر الاتفاق على إطالة مدة الشركة؛ حتى يمكن الاحتجاج به فى مواجهة الغير.

ثانيًا - انتهاء الغرض:

وتنتهى الشركة بانتهاء العمل الذى قامت الشركة من أجله (المادة ٥٢٦/ ١ مدنى). فإذا نشأت الشركة لاستغلال مصنع معين، أو لإقامة المبانى فى مدينة سكنية جديدة، وانتهت الشركة من هذا العمل - فإنها تنقضى تبعًا لذلك ولو لم تنته مدتها.

أما إذا حددت مدة الشركة بالأجل المتوقع لتحقيق غرضها، وانقضى هذا الأجل قبل انتهائها من تحقيقه - فالراجح أنها تستمر حتى يتحقق ذلك الغرض.

وإذا انتهى هذا العمل، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة - امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها (المادة ٥٢٦/ ٢ مدنى)، ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد، ويترتب على اعتراضه وقف أثره فى حقه (المادة ٥٢٦/ ٣ مدنى).

ثالثًا - هلاك رأس المال:

وتنتهى الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها (المادة ٥٢٧/ ١ مدنى)، ويعنى ذلك أن الشركة تنقضى بقوة القانون فى حالة الهلاك الكلى لرأس مالها، أما الهلاك الجزئى فإنه لا يؤدى إلى انقضائها بقوة القانون إلا متى ثبت أن القدر المتبقى من رأس مالها لا يكفى لتحقيق غرضها، فإذا اختلف الشركاء حول هذه المسألة وتعذر وصولهم إلى حل بشأنها، كان مرد الأمر إلى القضاء، غير أنه إذا كانت الشركة قد أمنت على موجوداتها فإنها لا تنقضى بسبب هلاك رأس مالها، كليًّا أو جزئيًّا، طالما كان مبلغ التعويض كافيًا لتجديد الموجودات بالوجه الذى يمكنها من تحقيق غرضها.

وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئًا معينًا بالذات، وهلك هذا الشىء قبل تقديمه - أصبحت الشركة منحلة فى حق جميع الشركاء (المادة ٥٢٧/ ٥

مدنى)[١].

النوع الثانى

أسباب انقضاء الشركة التى ترجع إلى الشركاء

حددت المادتان ٥٢٨، ٥٢٩ من التقنين المدنى الأسباب التى ترجع إلى الشركاء والتى تؤدى إلى انقضاء الشركة؛ حيث تنص المادة ٥٢٨ على ما يأتى:

«١ - تنتهى الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه».

«٢ - ومع ذلك يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته، ولو كانوا قصرًا».

«٣ - ويجوز - أيضًا - الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب وفقًا لأحكام المادة التالية، تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء. وفى هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه فى أموال الشركة، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته وقت وقوع الحادث الذى أدى إلى خروجه من الشركة، ويدفع له نقدًا. ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق، إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على ذلك الحادث».

وتنص المادة ٥٢٩ على ما يأتى:

«١ - تنتهى الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة، على أن يعلن الشريك إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله، وألَّا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير لائق».

«٢ - وتنتهى أيضًا بإجماع الشركاء على حلها»[٢].

ويتضح من هذه النصوص القانونية أن هناك ثلاثة أسباب ترجع إلى الشركاء ينتج عنها انقضاء الشركة.

السبب الأول: موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه.

السبب الثانى: انسحاب أحد الشركاء.

---

(١) ينظر القانون التجارى ص (١٢٩ - ١٣٢).

(٢) ينظر الوسيط ص (٣٦١، ٣٦٨).

السبب الثالث: إجماع الشركاء على حل الشركة.

وفى السبب الأول يقول الدكتور السنهورى: إن الشركة تنقضى إذا مات أحد الشركاء، فلا تحل ورثته محله؛ إذ إنْ شخصية الشريك فى الشركات المدنية تكون دائمًا محل اعتبار، وتقوم الشركة على الثقة الشخصية ما بين الشركاء. والشركاء إنما تعاقدوا بالنظر إلى صفات الشريك الشخصية لا إلى صفات الورثة.

على أنه لا يوجد ما يمنع من أن ينص فى عقد الشركة على أنه فى حالة موت أحد الشركاء تبقى الشركة قائمة، ويحل الورثة محل الشريك الذى مات؛ فيتبين عندئذ أن الشركاء لم يتعاقدوا بالنظر إلى صفات الشريك، وأنه لا مانع عندهم من أن يحل محل الشريك ورثته. وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيًا، كما إذا اتفق الشركاء فى عقد الشركة على جواز تنازل الشريك عن حقه فى الشركة لأجنبى وإحلال المتنازل له محله فى الشركة؛ فيفهم من ذلك أنه لا يوجد مانع عند الشركاء من أن يحل محل الشريك غيره، وإذا جاز للأجنبى أن يحل محل الشريك فأولى أن يحل محله الورثة.

فإذا وجد اتفاق صريح أو ضمنى على هذا النحو، ومات أحد الشركاء - فإن الشركة لا تنقضى، بل تبقى قائمة، ويحل محل الشريك الذى مات ورثته، ولو كان هؤلاء الورثة قصرًا دون حاجة إلى إذن من المحكمة، ويمثل الورثة القصر فى الشركة الولى أو الوصى.

وقد يعترض على الحكم بأن ورثة الشريك يصبحون شركاء دون رضائهم، ولكن يسهل دفع هذا الاعتراض إذا لوحظ أن الورثة يئول إليهم من مورّثهم حقه فى الشركة لا فى الأعيان والأموال المملوكة للشركة، فيجدون أنفسهم شركاء وقد دفع مورثهم الحصة عنهم، «وهذا الوضع لا ينبغى أن يتغير بسبب قصور ورثة الشريك، وفى الإجراءات المقررة فى قانون المحاكم الحسبية (قانون الولاية على المال) والأحكام الأخرى الواردة فى باب الشركات ما يكفل حمايتهم.

على أنه يلاحظ أن هذا الحكم لا يسرى إلا باتفاق خاص، والشريك لا يرتضى ذلك إلا إذا كان لديه من الاعتبارات ما يجعله مطمئنًا إلى مستقبل وارثه، أما ترك الأمر لتقدير الجهة المختصة بالنظر فى شئون القُصّر فلا يتمشى مع استقرار التعامل».

وكما يجوز أن ينص فى عقد تأسيس الشركة أن الشركة تبقى مع ورثة من يموت

من الشركاء، كذلك يجوز النص على أن الشركة تبقى بين الباقى من الشركاء وحدهم. وفى هذه الحالة الأخيرة يأخذ الورثة نصيب مورّثهم فى الشركة نقدًا، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته وقت موت الشريك، ولا يكون للورثة نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على موت الشريك (م ٥٢٨/ ٣ مدنى).

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «كذلك يمكن الاتفاق على أن الشركة لا تنحل بوفاة أحد الشركاء. . . بل تستمر بين بقية الشركاء، ويقصد بهذا الشرط تفادى حل شركة ناجحة وقسمتها قسمة عينية، فيستولى (ورثة) الشريك على قيمة الحصة نقدًا، حتى لو لم يذكر ذلك صراحة فى الشرط. وتقدر الحصة باعتبار قيمتها النقدية يوم الوفاة، ولا ينظر إلى ما يتم بعد ذلك من عمليات إلا إذا كانت نتيجة لازمة لعمليات سابقة. ولما كان هذا التقدير يتطلب مصاريف باهظة، كما أن الوفاء بقيمة الحصة دفعة واحدة يؤثر فى مركز الشركة المالى - فإنه غالبًا ما يتفق فى العمل على تقدير الحصة بحسب آخر جرد عمل قبل تحقق الحادث الذى أدى إلى خروج الشريك (الوفاة)، كما يتفق على أن تدفع قيمة الحصة على أقساط سنوية».

ويتضح من نص المادة ٥٢٨ مدنى السالف الذكر - أيضًا -: أن الشركة تنقضى بالحجر على أحد الشركاء أو بإعساره أو بإفلاسه، وانقضاء الشركة بالحجر أو الإعسار أو الإفلاس إنما يقوم على نفس الاعتبارات التى يقوم عليها انقضاء الشركة بموت أحد الشركاء؛ فكما لا يجوز أن تحل الورثة محل الشريك فى الشركة؛ لأن الشريك قد لوحظت شخصيته، كذلك لا يجوز أن يحل محل الشريك القيم أو غير ذلك من الممثلين.

هذا إلى أنه بالإعسار أو الإفلاس تجب تصفية أموال المعسر أو المفلس، ويدخل فى ذلك نصيبه فى الشركة؛ فيخرج هذا الشريك، ومن ثم تنحل الشركة بخروجه. بل لا يجوز هنا أن يتفق الشركاء فى عقد تأسيس الشركة على أنه فى حالة الحجر على أحد الشركاء أو إعساره أو إفلاسه تبقى الشركة قائمة بين باقى الشركاء وممثل هذا الشريك، كما جاز ذلك عند موت أحد الشركاء وبقاء الشركة مع ورثة هذا الشريك؛ ذلك أن الشريك يستطيع أن يلزم ورثته بالحلول محله فى الشركة، ولكنه

لا يستطيع أن يلزم ممثله بذلك إذا هو حجر عليه أو أعسر أو أفلس، فضلًا عن وجوب تصفية أموال المعسر أو المفلس كما سبق القول. وإنما يجوز أن ينص فى عقد الشركة على أنه إذا حجر على أحد الشركاء أو أعسر أو أفلس، أو انسحب من الشركة وفقًا للمادة ١/٥٢٩ مدنى، السابق ذكرها - تبقى الشركة قائمة بين باقى الشركاء وحدهم. وفى هذه الحالة يعطى لممثل الشريك الذى حجر عليه أو أعسر أو أفلس، أو للشريك الذى انسحب - نصيبه فى الشركة نقدًا مقدرًا بحسب قيمته يوم الحجر أو الإعسار أو الإفلاس أو الانسحاب، وتتبع فى ذلك القواعد التى سبق أن ذكرناها فى إعطاء ورثة الشريك الذى مات نصيب مورثهم فى الشركة؛ فلا يكون للشريك الذى خرج من الشركة نصيب فيما يستجد من الحقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على خروج الشريك، ويصح الاتفاق على تقدير نصيب الشريك بحسب آخر جرد عمل قبل خروجه، كما يصح الاتفاق على أن تدفع قيمة النصيب على أقساط سنوية[1].

السبب الثانى - انسحاب أحد الشركاء:

أجازت المادة ٥٢٩ من التقنين المدنى لأحد الشركاء الانسحاب من الشركة إذا كانت مدتها غير معينة، ويؤدى انسحابه هذا إلى انقضاء الشركة، وفى ذلك يقول الدكتور السنهورى:

إذا كانت الشركة غير معينة المدة، جاز لأى شريك أن ينسحب منها بشروط معينة، ويترتب على انسحابه انقضاء الشركة.

فيجب إذن لجواز انسحاب الشريك أن تكون الشركة غير معينة المدة، فإذا كانت مدتها معينة من حيث الوقت أو من حيث العمل؛ بأن كانت مدتها مثلًا خمس سنوات، أو كان العمل الذى تقوم به هو بيع أراض محددة - لم يجز للشريك أن ينسحب منها، ووجب عليه البقاء إلى انتهاء المدة أو إلى انتهاء العمل. وليس له فى هذه الحالة إلا أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة، وفقًا للفقرة الثانية من المادة ٥٣١ مدنى وسيأتى بيانها.

أما إذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محدودة العمل، فقد أجاز القانون لكل

---

(١) ينظر الوسيط ص (٣٦٣ - ٣٦٨) .

شريك - كما قدمنا - أن ينسحب منها؛ إذ لا يجوز لشخص أن يرتبط بالتزام يقيد حريته إلى أجل غير محدد؛ لتعارض ذلك مع الحرية الشخصية التى هى من النظام العام، وكل اتفاق على خلاف ذلك يكون باطلًا.

وتقاس هذه الحالة على عقد العمل غير محدد المدة (م ٦٩٤/ ٢ مدنى) أو على عقد الإيجار غير محدد المدة (م ٥٦٣ مدنى) ؛ حيث يجوز لكل من المتعاقدين أن يضع حدًّا لعلاقته مع المتعاقد الآخر بإخطار يصدر منه وحده.

وتعتبر الشركة غير معينة المدة إذا حددت لها مدة حياة الشركاء، أو مدة طويلة تستغرق العمر العادى للإنسان.

وقد تكون الشركة غير معينة المدة، ومع ذلك لا يجوز للشريك أن ينسحب منها، إذا كان له الحق فى التنازل عن نصيبه فى الشركة دون قيد أو شرط.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «لأن القصد من تقرير هذا الحق للشريك هو السماح له بأن يتحلل فى أى وقت يشاء من الالتزام الذى يقيد حريته لمدة غير محددة. وإذا كان يجوز له فى أى وقت بلا قيد ولا شرط أن يخرج من الشركة عن طريق التنازل عن حصته، فإنه لا يمكن مطلقًا تبرير حقه فى الانسحاب بمجرد إرادته المنفردة فيقضى بذلك على الشركة. والفقه والقضاء مجمعان على هذا الرأى: استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٣٢٣».

فإذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محددة العمل، ولم يكن للشريك حق التنازل عن نصيبه فى الشركة دون قيد ولا شرط - جاز له، كما قدمنا، أن ينسحب من الشركة. ولكن يشترط لجواز انسحابه أن يعلن إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله، وأن يكون حسن النية فى الانسحاب، وألَّا ينسحب فى وقت غير لائق:

فأما إعلان الانسحاب فليس له شكل خاص؛ فيصح أن يكون على يد محضر، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، بل يصح أن يكون شفويًّا ولكن عبء الإثبات يقع عليه.

ولا ميعاد للإعلان، وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يحدد له ميعادًا ثلاثة أشهر قبل حصول الانسحاب، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا الميعاد واكتفت بألا يكون الانسحاب فى وقت غير لائق؛ «لأن قيد المدة قد يكون

مرهقًا لا يتفق مع قواعد العدالة».

وأما أن يكون الشريك المنسحب حسن النية فى انسحابه؛ فذلك حتى لا يسىء استعمال حقه فى الانسحاب، فيكون مترقبًا مثلًا صفقة تدخل فى أعمال الشركة ولو بقى فيها عادت أرباح الصفة على الشركة، فيعمد إلى الانسحاب ثم يعقد هذه الصفقة وحده؛ حتى ينفرد بالأرباح.

وأما أن يكون الانسحاب غير واقع فى وقت غير لائق؛ فذلك حتى لا تضطرب أعمال الشركة وتضار بخروج الشريك وانحلال الشركة فى وقت أزمة مثلًا، أو فى وقت كانت الشركة تنتظر فيه أرباحًا قريبة، أو فى وقت شرعت الشركة فيه فى عمل فأصبح من مصلحتها أن يؤجل انحلالها. وتحديد ذلك مرتبط بالظروف، والمرجع فيه تقدير القاضى عند اختلاف الشركاء.

فإذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر فى انسحاب الشريك من الشركة، ترتب على انسحابه انقضاء الشركة بحكم القانون. ولكن يجوز لباقى الشركاء أن يتفقوا على بقاء الشركة فيما بينهم وحدهم، وذلك تطبيقًا للمادة ٥٢٨/٣ مدنى، وقد سبق بيان ذلك.

ويلاحظ أخيرًا - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - «أن حق الشريك فى الانسحاب من الشركة بإرادته المنفردة هو حق شخصى محض؛ ولذلك لا يجوز لدائنيه استعماله عن طريق الدعوى غير المباشرة»[1].

السبب الثالث - إجماع الشركاء على حل الشركة:

يقول الدكتور حسنى المصرى: تنتهى الشركة بإجماع الشركاء على حلها (المادة ٥٢٩/٢ مدنى). وإجماع الشركاء هو الأصل فى تعديل عقود شركات الأشخاص؛ حيث تنشأ بين عدد محدود من الشركاء فيتصور حصول الإجماع، بل ويجوز الاتفاق فى عقد الشركة على اتباع رأى الأغلبية التى يحددها العقد، كأغلبية ثلاثة أرباع أو ثلثى الشركاء مثلًا، أما فى شركات الأسهم فلا تتبع قاعدة الإجماع؛ حيث يرتفع عدد المساهمين عادة إلى الحد الذى يتعذر معه الوصول إلى الإجماع؛ لذا تسرى فى هذه الشركات قاعدة الأغلبية، كما تسرى هذه القاعدة - أيضًا - فى الشركات ذات

---

(١) ينظر الوسيط ص (٣٧٠ - ٣٧٤) .

المسئولية المحدودة.

وأيًا ما كان الأمر فإن اتفاق الشركاء على حل الشركة قبل الأوان يعد تعديلًا لعقدها أو لنظامها، ويؤدى إلى حلها قبل الميعاد المعين لها، ويسمى الحل المبتسر Dissolution anticipee. وبينما لا يحتاج هذا التعديل إلى إجراءات معقدة فى شركات الأشخاص؛ حيث يكفى أن يكون مكتوبًا ومفرغًا فى الشكل الذى أفرغ فيه العقد؛ فضلًا عن شهره بالطرق المقررة قانونًا كيما يمكن الاحتجاج به فى مواجهة الغير - فإنه يلزم - فوق ذلك - اتباع إجراءات معينة لتعديل نظام شركات الأسهم عن طريق جمعياتها العامة غير العادية[1].

ثانيًا - أسباب انقضاء الشركة بحكم قضائى:

إذا كان لدى أحد الشركاء سبب يبرر حل الشركة أو فصل أحد الشركاء منها أو إخراج نفسه منها - فإنه يجوز له فى هذه الحالات اللجوء إلى القضاء لتنفيذ رغبته تلك، فإذا ما صدر حكم قضائى بما أراده انحلت الشركة، وهذا مأخوذ من المادتين ٥٣٠، ٥٣١ من التقنين المدنى؛ حيث تنص المادة ٥٣٠ على ما يأتى:

«١ - يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء؛ لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأى سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء. ويقدر القاضى ما ينطوى عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل».

«٢ - ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك»[2].

وتنص المادة ٥٣١ على ما يأتى:

«١ - يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أى من الشركاء يكون وجوده فى الشركة قد أثار اعتراضًا على مد أجلها، أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببًا مسوغًا لحل الشركة، على أن تظل الشركة قائمة فيما بين الباقى.

٢ - ويجوز - أيضًا - لأى شريك، إذا كانت الشركة معينة المدة، أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة، وفى هذه الحالة تنحل الشركة مالم يتفق باقى الشركاء على استمرارها»[3].

---

(١) ينظر القانون التجارى ص (١٣٢، ١٣٣).

(٢) ينظر الوسيط ص (٣٧٥).

(٣) ينظر السابق ص (٣٧٩، ٣٨٠).

ويشرح الدكتور السنهورى هذه النصوص القانونية، قائلًا:

الأسباب التى تسوغ حل الشركة قضائيًا:

قد يطلب أحد الشركاء إلى القضاء حل الشركة لسبب يرجع إلى خطأ شريك آخر، ويكون هذا بمثابة الفسخ القضائى للشركة.

ومن الأسباب التى ترجع لخطأ أحد الشركاء: ألا يفى هذا الشريك بما تعهد به نحو الشركة، كأن يقصر فى العمل الذى تعهد بالقيام به لمصلحة الشركة، أو يكون غير كفء له، أو ألا يسلم للشركة حصته من رأس المال. كذلك إذا كان الشريك مديرًا غير قابل للعزل، فأهمل فى إدارته أو خالف أغراض الشركة أو نظمها أو أحكام القانون - فإن هذا سبب يرجع إلى خطأ الشريك، ويسوغ لأى شريك آخر أن يطلب حل الشركة من القضاء. وإذا ثبت على أحد الشركاء غش أو تدليس أو خطأ جسيم يبرر حل الشركة، جاز لأى من الشركاء أن يطلب من القضاء حل الشركة لهذا السبب.

ولا حصر للأسباب التى ترجع إلى خطأ أحد الشركاء؛ فوجود السبب، وتقدير خطورته، وهل هو يبرر حل الشركة - أمر متروك تقديره إلى القاضى.

فإذا ثبت على أحد الشركاء خطأ يبرر حل الشركة، لم يجز لهذا الشريك المخطئ أن يطلب هو الحل، ولكن يجوز لأى شريك آخر أن يطلب الحل كما قدمنا، فإذا قدر القاضى أن السبب كافٍ لحل الشركة قضى بحلها، وجاز له أن يحكم على الشريك المخطئ بالتعويض.

وقد يكون السبب الذى يطلب أحد الشركاء حل الشركة من أجله غير راجع إلى خطأ أى شريك آخر.

مثال ذلك: أن يمرض أحد الشركاء مرضًا خطيرًا يعجزه عن القيام بعمله فى الشركة، أو يستحيل عليه معه الوفاء بالتزاماته نحو الشركة، أو يهلك الشىء الذى قدمه حصة فى الشركة قبل تسليمه بسبب أجنبى.

ويعتبر سوء التفاهم المستحكم بين الشركاء، ووقوع حوادث طارئة غير متوقعة يجعل من العسير على الشركة الاستمرار فى نشاطها - من الأسباب التى تسوغ طلب حل الشركة من القضاء، وهنا - أيضًا - يترك للقاضى تقدير خطورة السبب، وما إذا كان يبرر حل الشركة أم لا؟

وإذا كان السبب لا يرجع إلى خطأ أحد من الشركاء، جاز لكل شريك أن يطلب من القضاء حل الشركة، ولا تجوز المطالبة بتعويض؛ إذ لا تقصير فى جانب أحد من الشركاء.

الأثر الذى يترتب على حل الشركة قضائيًا:

وحل الشركة قضائيًّا هو فسخ لها، وشأن الشركة فى ذلك شأن كل عقد ينشئ التزامات متقابلة: إذا لم ينفذ جانب ما عليه من الالتزامات، كان للقاضى أن يفسخ العقد. غير أنه لما كان عقد الشركة عقدًا زمنيًّا كعقد الإيجار، فإن الفسخ لا يكون له أثر رجعى.

حق طلب الحل القضائى من النظام العام وهو حق شخصى للشريك:

وحق الشريك فى طلب حل الشركة حلًّا قضائيًّا يعتبر من النظام العام، فكل اتفاق بين الشركاء يقضى بغيره يكون باطلًا، ولا يجوز للشريك أن يتنازل عنه قبل حدوث سببه (م ٥٣٠/ ٢ مدنى). وهو حق شخصى للشريك، يترك إلى تقديره الخاص؛ فلا يجوز لدائنيه استعماله بطريق الدعوى غير المباشرة[١].

طلب أحد الشركاء فصل شريك آخر:

قدمنا أن للشريك أن يطلب من القضاء حل الشركة إذا وجدت أسباب تبرر هذا الحل، والقضاء يقدر خطورة هذه الأسباب وما إذا كانت تسوغ الحكم بالحل. وقد تكون هذه الأسباب آتية من جهة أحد الشركاء: كعدم وفاء هذا الشريك بالتزاماته، أو صدور غش منه أو خطأ جسيم. ولكن قد يرى الشركاء أنه يكفى فصل الشريك المعترض عليه دون حل الشركة؛ إذ قد تكون الشركة ناجحة فى أعمالها أو على وشك النجاح، ووجود هذا الشريك فيها هو وحده محل الاعتراض؛ فأجاز القانون لأى من الشركاء فى هذه الحالة أن يطلب من القضاء، لا حل الشركة، بل فصل الشريك الذى تكون تصرفاته محل اعتراض، على أن تظل الشركة قائمة بين باقى الشركاء. والقاضى هو الذى يقدر ما إذا كان سبب الاعتراض على الشريك يبرر فصله أم لا؟

وقد يكون الشريك المعترض عليه قد وفى بجميع التزاماته ولم يصدر منه غش أو

---

(١) ينظر الوسيط ص (٣٧٦ - ٣٧٩) .

خطأ يبرر فصله، ولكنه عندما طلب إليه الشركاء الموافقة على مد أجل الشركة لم يقبل المد ولم يبد أسبابًا معقولة لهذا الرفض؛ فيجوز لأى شريك آخر فى هذه الحالة أن يطلب من القضاء فصل هذا الشريك من الشركة؛ حتى يتمكن سائر الشركاء من مد الشركة إلى أجل جديد.

وإذا حكم القضاء بفصل الشريك المعترض عليه، بقيت الشركة قائمة بين باقى الشركاء، واستمرت فى أعمالها طبقًا لنظمها. أما الشريك المفصول فيصفى نصيبه فى الشركة على الوجه الذى رأيناه فى الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٨ مدنى، فيقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الفصل ويدفع له نقدًا، ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق، إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على الفصل.

طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة:

وكما يجوز لأى شريك أن يطلب من القضاء فصل شريك آخر لمبررات تسوغ ذلك على الوجه الذى بيناه فيما تقدم، كذلك يجوز لأى شريك أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة.

ومن الأسباب المعقولة التى يستند إليها الشريك فى طلب إخراجه من الشركة أن تضطرب حالته المالية بحيث يصبح محتاجًا إلى تصفية نصيبه فى الشركة؛ ليستعين به على إصلاح حاله، أو أن تستدعى حالته الصحية أو ظروفه الخاصة اعتزال العمل؛ فيعمد إلى تصفية أعماله، ويدخل فى ذلك تصفية نصيبه فى الشركة. والقضاء هو الذى يقدر ما إذا كانت الأسباب التى يتقدم بها الشريك لإخراجه من الشركة أسبابًا تبرز إجابته إلى هذا الطلب أم لا؟

وقد كان من الممكن، من غير هذا النص - أى نص المادة ٥٣١ - أن يطلب الشريك إخراجه من الشركة بموافقة سائر الشركاء، ويتفق باقى الشركاء على إبقاء الشركة فيما بينهم، ولكن قد يتعذر على الشريك الذى يريد الخروج من الشركة أن يحصل على موافقة شركائه على ذلك، فأضيف هذا النص فى لجنة المراجعة حتى يستطيع الشريك أن يلجأ إلى القضاء فى هذه الحالة ويطلب الحكم بإخراجه.

ويلاحظ أنه يشترط لجواز استعمال الشريك هذا الحق فى إخراجه من الشركة أن تكون الشركة معينة المدة أو محددة العمل، بحيث إنها لا تنقضى إلا بانتهاء المدة أو

بانتهاء العمل، فيجد الشريك نفسه مضطرًا إلى أن يطلب من القضاء إخراجه قبل انقضاء الشركة.

أما إذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محددة العمل، فللشريك الذى يريد الخروج من الشركة مندوحة من طلب ذلك إلى القضاء؛ إذ يستطيع فى هذه الحالة أن ينسحب من الشركة بأن يعلن إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء، على ألا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير لائق؛ وذلك تطبيقًا لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٥٢٩ مدنى، وقد سبق بيان ذلك.

فإذا ما أقر القضاء الشريك على طلب إخراجه من الشركة، صفى نصيب هذا الشريك على الوجه المقرر فى الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٨ مدنى التى تقدم ذكرها، فيقدر النصيب بحسب قيمته يوم القضاء بالإخراج ويدفع له نقدًا، ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على القضاء بالإخراج.

ثم إن القضاء بإخراج الشريك من الشركة يترتب عليه حلها، كما يترتب حل الشركة على خروج أحد الشركاء بأى سبب آخر، كانسحابه أو موته أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه. ولكن يجوز مع ذلك لباقى الشركاء أن يتفادوا فى هذه الحالة - وفى غيرها من الحالات الأخرى كما سبق القول - حل الشركة، وأن يتفقوا على استمرارها فيما بينهم وحدهم دون الشريك الذى خرج[1] .

هذا ويضيف الدكتور حسنى المصرى[2] أسبابًا أخرى من الأسباب العامة لانقضاء الشركة:

أحدها - اجتماع الحصص فى يد شريك واحد:

قد يتنازل جميع الشركاء عن حصصهم أو أسهمهم إلى واحد منهم أو من الغير؛ فينهار بذلك ركن تعدد الشركاء مما يؤدى إلى انقضاء الشركة؛ إذ نكون فى هذه الحالة بصدد شركة رجل واحد لا يقرها القانون.

ومع ذلك إذا اجتمعت كل حصص الشركة أو أسهمها فى يد شخص اعتبارى

---

(١) ينظر الوسيط ص (٣٨٢ - ٣٨٥) .
(٢) ينظر: القانون التجارى ص (١٣٢ - ١٣٤) .

عام، وتوافرت شروط اعتبار الشركة من شركات القطاع العام - فإن الشركة لا تنقضى، وإنما تستمر كشركة قطاع عام، وفى هذه الحالة يجب أن تتخذ هذه الشركة شكل شركة المساهمة إن لم يكن هذا الشكل ثابتًا لها فى الأصل؛ وذلك لأن المشرع قد أجاز شركة الرجل الواحد فى نطاق القطاع العام.

ثانيها - الاندماج:

الاندماج rusion قد يكون بطريق الضم أو الابتلاع Par Absorption، وقد يكون بطريق المزج Par Combinasion فأما الاندماج بطريق الضم أو الابتلاع فيفترض وجود شركتين قائمتين Preexistantes، وتضم إحداهما الأخرى إليها أو تبتلعها؛ فتبقى الشخصية المعنوية للشركة الدامجة، بينما تنقضى الشركة المندمجة وتزول شخصيتها المعنوية، وتئول جميع حقوقها وديونها إلى الشركة الدامجة بمقتضى حوالة شاملة لهذه الحقوق والديون.

أما الاندماج بطريق المزج فيفترض - بدوره - وجود شركتين قائمتين، لكنهما تمتزجان معا فتنقضيان، وتزول الشخصية المعنوية لكل منهما، وينشأ من مزيجهما شركة جديدة une societe nouvelle متمتعة بشخصية معنوية أخرى تخلف الشركتين المندمجتين خلافة عامة فى حقوقهما وديونهما.

ويعتبر الاندماج تعديلًا لعقد الشركة الدامجة والشركة المندمجة فى الاندماج بطريق الضم أو الابتلاع ولعقدى الشركتين المندمجتين فى الاندماج بطريق المزج؛ لذا يتعين اتباع الإجراءات اللازمة لتعديل العقد، كما يجب شهر هذا التعديل للاحتجاج به فى مواجهة للغير.

ثالثها - التأميم:

يقصد بالتأميم Nationalisation انتقال ملكية الشركة المؤممة فى نطاق القطاع الخاص إلى نطاق القطاع العام، أو أيلولة أموال الشركة المؤممة إلى الدولة باعتبارها ممثلة للأمة.

ولقد ثار السؤال عن أثر التأميم على الشخصية المعنوية للشركة المؤممة:

فمن قائل بأنها تزول وتحل محلها شخصية جديدة هى شخصية الشركة بعد التأميم.

ومن قائل بأن الشخصية المعنوية القديمة تبقى للشركة المؤممة؛ حتى لا يؤثر

التأميم على الغير.

إلى هنا نكون قد استوفينا الكلام عن أسباب انقضاء الشركة فى القانون، أما عن أسباب انقضاء الشركة فى الفقه الإسلامى فهى: الموت، والحجر بسبب السفه والجنون، والفسخ، وهلاك المال، والتفليس عند المالكية والشافعية والحنابلة، واسترجاع رب المال - فى المضاربة - رأس ماله أو بعضه قبل التصرف فيه، والإغماء عند الشافعية، والردة مع اللحاق بدار الحرب عند الأحناف، وعندهم أيضًا: فوات المساواة بين رأس المال فى شركة المفاوضة(١) . وتتلاقى هذه الأسباب التى ذكرها الفقهاء، مع الأسباب التى ذكرها القانون المدنى لانتهاء الشركة، باستثناء ما ذكره الشافعية عن الإغماء، فقد اعتبروه سببا لإنهاء الشركة، ولم يذكره القانون؛ كما قرر ذلك الدكتور يوسف عبد الفتاح يوسف المرصفى، ثم قال: ونحن نرى أن الإغماء لا ينبغى أن يكون سبب لإنهاء الشركة، وخصوصا إذا لم يكن إغماء مستمرًا يذهب معه الإدراك، بل كان حالة عارضة. . .

كذلك لا يعتبر القانون ما ذكره الأحناف سببا لإنهاء الشركة؛ فقد ذكروا أن الشركة تبطل إذا ارتد أحد الشركاء، ولحق بدار الحرب، وبفوات المساواة فى شركة المفاوضة.

وما سوى ذلك من أسباب هو محل اتفاق بين الفقه الإسلامى والقانون(٢) .

المبحث الثانى

تصفية الشركة وقسمتها بين الفقه والقانون

اتضح مما ذكرناه فى مبحث انقضاء الشركة أن هناك ثلاثة عشر سببًا نص عليها القانون - متفقا فى ذلك مع الفقه الإسلامى - يؤدى إلى هذا الانقضاء هى:

أولًا: انتهاء ميعاد الشركة.

ثانيًا: انتهاء عمل الشركة.

ثالثًا: هلاك أموال الشركة.

رابعًا: موت أحد الشركاء.

---

(١) ينظر الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون ص (١٣٤) .

(٢) ينظر السابق ص (١٤٣) وما بعدها .

خامسًا: الحجر على أحد الشركاء.

سادسًا: إعسار أحد الشركاء.

سابعًا: إفلاس أحد الشركاء.

ثامنًا: انسحاب أحد الشركاء.

تاسعًا: إخراج أحد الشركاء بحكم قضائى.

عاشرًا: حل الشركة بحكم قضائى بناء على طلب أحد الشركاء.

حادى عشر: اجتماع الأسهم فى يد شريك واحد.

ثانى عشر: الاندماج.

ثالث عشر: التأميم.

فإذا ما انحلت الشركة بأحد هذه الأسباب، فإنها تدخل فى دور التصفية، ويبين الدكتور حسنى المصرى المقصود بالتصفية: أنها حصر موجودات الشركة وتحديد خصومها، وتحصيل ما لها من حقوق، والوفاء بما عليها من التزامات؛ تمهيدًا لقسمة الباقى من موجوداتها بين الشركاء. وتدخل الشركة بمجرد انقضائها - وأيًا كان سبب الانقضاء - فى دور التصفية (المادة ١٣٧/ ١ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م)، لكن لا يحتج بذلك فى مواجهة الغير إلا بشهر الانقضاء. وعلى ذلك تمثل التصفية المشهد الأخير الذى يسبق خروج الشركة من مسرح الحياة القانونية وإسدال الستار نهائيًا عليها.

ومع ذلك يلاحظ أن التصفية فى حالتى الاندماج والتأميم لها معنى مختلف عن التصفية بمعناها المتقدم: ففى حالة الاندماج تنقضى الشركة المندمجة دون أن يترتب على ذلك انقضاء مشروعها الاقتصادى، وإنما يئول هذا المشروع إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، ويصبح الشركاء أو المساهمون فى الشركة المندمجة شركاء أو مساهمين فى الشركة الدامجة أو الجديدة، كما تخلف هذه الأخيرة الشركة المندمجة فى حقوقها وديونها خلافة عامة أمام الشركاء والغير، وبالتالى يكون المقصود بتصفية الشركة المندمجة تحديد أصولها وخصومها التى تنتقل إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، وهو معنى يختلف عن المعنى التقليدى للتصفية.

وفى حالة التأميم يستمر المشروع الاقتصادى للشركة المؤممة، ويحدد القانون الصادر بتأميمها طريقة سداد ديونها إلى الغير، وقد يجعل الشركة المؤممة مسئولة

عن هذه الديون وقد يفرض على الدولة الالتزام بالوفاء بها؛ ومن ثم يختلف معنى تصفية الشركة المؤممة - أيضًا - عن المعنى التقليدى لتصفية الذى سينجلى تباعًا[١].

وقد بينت المواد ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧ من التقنين المدنى القواعد والأمور المرتبطة بتصفية الشركة؛ حيث تنص المادة ٥٣٢ على ما يأتى:

«تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد. وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام الآتية».

وتنص المادة ٥٣٣ على ما يأتى: «تنتهى عند حل الشركة سلطة المديرين، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهى هذه التصفية».

وتنص المادة ٥٣٤ على ما يأتى:

«١ - يقوم بالتصفية، عند الاقتضاء، إما جميع الشركاء وإما مصفٍّ واحد أو أكثر تعينهم أغلبية الشركاء.

٢ - وإذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفى، تولى القاضى تعيينه؛ بناء على طلب أحدهم.

٣ - وفى الحالات التى تكون فيها الشركة باطلة، تعين المحكمة المصفى، وتحدد طريقة التصفية؛ بناء على طلب كل ذى شأن.

٤ - وحتى يتم تعيين المصفى يعتبر المديرون بالنسبة إلى الغير فى حكم المصفين.

وتنص المادة ٥٣٥ على ما يأتى:

«١ - ليس للمصفى أن يبدأ أعمالًا جديدة للشركة إلا أن تكون لازمة لإتمام أعمال سابقة.

٢ - ويجوز له أن يبيع مال الشركة منقولًا أو عقارًا، إما بالمزاد وإما بالممارسة، ما لم ينص فى أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة».

وتنص المادة ٥٣٦ على ما يأتى:

«١ - تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعًا، وذلك بعد استيفاء الدائنين

---

(١) ينظر القانون التجارى ص (١٣٥، ١٣٦) .

لحقوقهم، وبعد استنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التى لم تحل أو الديون المتنازع فيها، وبعد رد المصروفات أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة.

٢ - ويختص كل واحد من الشركاء بمبلغ يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى رأس المال، كما هى مبينة فى العقد، أو يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها إذا لم تبين قيمتها فى العقد، ما لم يكن الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو اقتصر فيما قدمه من شىء على حق المنفعة فيه أو على مجرد الانتفاع به.

٣ - وإذا بقى شىء بعد ذلك، وجبت قسمته بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم فى الأرباح.

٤ - أما إذا لم يكف صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء، فإن الخسارة توزع عليهم جميعًا بحسب النسبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر».

وتنص المادة ٥٣٧ على ما يأتى: «تتبع فى قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع»[(١)] .

ويمكن رصد الأمور التى نصت عليها هذه المواد فى النقاط التالية:

أولًا: كيفية تصفية الشركة.

ثانيًا: استمرار الشخصية المعنوية للشركة مدة التصفية.

ثالثًا: كيف يتم تعيين المصفى.

رابعًا: كيفية عزل المصفى.

خامسًا: السلطة المخولة لمدير الشركة قبل تعيين المصفى.

سادسًا: كيفية تصفية أموال الشركة.

سابعًا: توزيع الصافى من أموال الشركة على الشركاء.

ثامنًا: القسمة بين الشركاء.

وفيما يلى بيان هذه النقاط.

أولاً - كيفية تصفية الشركة:

يتضمن عقد تأسيس الشركة عادة الطريقة التى تصفى بها أموالها، وعند ذلك

---

(١) ينظر الوسيط ص (٣٨٥، ٣٨٧، ٣٩١، ٣٩٨، ٤٠٩، ٤١٥) .

يجب اتباع هذه الطريقة. على أنه إذا لم ينص عقد تأسيس الشركة على الطريقة التى تتم بها التصفية، فقد تولى القانون وضع الأحكام التى تجرى تصفية الشركة على مقتضاها، وهذه الأحكام هى التى سيأتى بيانها فى باقى النقاط[1] .

ثانيًا - استمرار الشخصية المعنوية للشركة مدة التصفية:

تقتضى التصفية القيام بالعديد من الأعمال القانونية مثل تنفيذ العقود التى كانت الشركة قد أبرمتها قبل انقضائها: كعقود التوريد، والتصنيع، وإنشاء المبانى، ونحو ذلك، فضلًا عن تحصيل حقوق الشركة ووفاء ديونها؛ لذا اعترف المشرع للشركة باستمرار شخصيتها المعنوية خلال فترة التصفية بالقدر اللازم لأعمال التصفية؛ فوفقًا للمادة ٥٣٣ مدنى «تنتهى عند حل الشركة سلطة المديرين، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهى هذه التصفية».

ووفقًا للمادة ١٣٨/ ١ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م «تحتفظ الشركة خلال مدة التصفية بالشخصية الاعتبارية بالقدر اللازم لأعمال التصفية».

ويترتب على احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية، خلال فترة التصفية، انصراف آثار التصرفات والأعمال القانونية التى أجراها المصفى إلى الشركة ذاتها، طالما جرت هذه التصرفات والأعمال باسمها ولحسابها، وبشرط أن تكون لازمة لأعمال التصفية.

وينبنى على احتفاظ الشركة بشخصتها المعنوية، خلال فترة التصفية، أنه يجوز شهر إفلاسها متى كانت شركة تجارية وتوقفت عن الوفاء بديونها التجارية، سواء نشأت هذه الديون قبل انقضائها أو أثناء التصفية.

كما يجوز اندماج الشركة تحت التصفية فى شركة أخرى أو مع شركة أخرى بشرط موافقة الهيئات المختصة فى الشركة المندمجة على إلغاء التصفية.

ويفسر ذلك بأنه لما كانت الشخصية المعنوية للشركة تبقى خلال فترة التصفية، فإن هذه الشخصية تظل تنتج آثارها بالنسبة للشركة لا سيما ذلك الأثر المتمثل فى تمتع الشركة بذمة مالية مستقلة.

ولكن يجب ألا يؤدى احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية خلال التصفية إلى

---

(١) ينظر السابق ص (٣٨٦) .

اعتقاد الغير بعدم انقضاء الشركة؛ لذلك رأينا أنه يجب شهر انقضاء الشركة، كما أوجب المشرع أن تضاف إلى اسم الشركة خلال التصفية عبارة «تحت التصفية»، قاله الدكتور حسنى المصرى[1] .

ثالثًا - كيف يتم تعيين المصفى:

قد يكون المصفى معينًا فى عقد تأسيس الشركة، وقد لا يتفق الشركاء على تعيين مصفٍ؛ فيقتضى الأمر اللجوء إلى القضاء، يقول الدكتور السنهورى:

تعيين المصفى بواسطة الشركاء:

قد يكون المصفى معينًا فى عقد تأسيس الشركة أو فى نظمها المقررة، أو تكون طريقة تعيينه أو الجهة التى تعينه منصوصًا عليها فى العقد أو النظام المقرر - فعند ذلك يتبع حكم النص.

أما إذا لم ينص على شىء فى هذا الشأن، فإن الفقرة الأولى من المادة ٥٣٤ من التقنين المدنى تكل أمر تعيين المصفى إلى الشركاء أنفسهم، ويكون ذلك بالأغلبية العددية.

فقد تقرر أغلبية الشركاء أن يقوم بالتصفية الشركاء جميعًا، ويقع ذلك عادة إذا كان عدد الشركاء قليلًا، لا سيما إذا كان الجميع يتولون إدارة الشركة وفقًا لأحكام المادة ٥٢٠ مدنى. وقد كان التقنين المدنى السابق (م٤٤٩/ ٥٤٦) يجعل إجراء التصفية فى الشركات المدنية بواسطة جميع الشركاء، ما لم ينص فى عقد تأسيس الشركة على غير ذلك.

وقد تقرر أغلبية الشركاء أن يقوم بالتصفية واحد أو أكثر يعينونهم بالذات.

وتكفى الأغلبية العددية العادية؛ فلا يشترط الإجماع ولا أغلبية خاصة.

ولا يشترط فيمن تعينه الأغلبية مصفيًا أن يكون شريكًا؛ بل يصح أن يكون أجنبيًا عن الشركة.

وإذا عينت الأغلبية أكثر من مصف واحد، فقد تشترط أن تكون القرارات التى يتخذها المصفون المتعددون بالإجماع أو بالأغلبية؛ فيجب التزام هذا الشرط، وقد تعين اختصاص كل مصف فينفرد كل بما اختص به. فإذا لم تشترط الأغلبية شيئًا،

---

(١) ص (١٣٦، ١٣٧) .

ولم تعين اختصاص كل مصف - جاز لكل من المصفين أن ينفرد بأى عمل من أعمال التصفية، على أن يكون لكل من المصفين الآخرين الاعتراض على هذا العمل قبل تمامه، وعندئذ يكون من حق أغلبية المصفين رفض الاعتراض، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعًا. وهذه هى أحكام تعدد المديرين، قيست عليها أحكام تعدد المصفين.

تعيين المصفى بواسطة القضاء:

فإذا امتنع الشركاء من تعيين مصف على الوجه المتقدم الذكر، أو حاولوا تعيين مصف ولكن لم يحصل أحد من المرشحين على الأغلبية المطلقة - جاز لكل شريك أن يطلب من القضاء تعيين مصف للشركة.

والقضاء يعين المصفى من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم، ويعين مصفيًا أو أكثر بحسب ما يرى.

وعند تعدد المصفين تكون سلطتهم فى التصفية على النحو الذى قدمناه فى تعدد المصفين المعينين من أغلبية الشركاء.

والذى يطلب من القضاء تعيين المصفى يجب أن يكون أحد الشركاء؛ فلا يجوز لغير شريك أن يتقدم بهذا الطلب. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يتقدم بهذا الطلب أحد دائنى الشركة؛ لأن المصفى وكيل عن الشركة والشركاء، لا عن دائنيها.

ولكن يجوز لدائن شخصى لأحد الشركاء أن يستعمل حق مدينه الشريك، ويطلب إلى القضاء تعيين مصف للشركة باسم هذا الشريك.

تعيين المصفى بواسطة القضاء للشركة الباطلة:

وإذا كانت الشركة باطلة، ولكنها قامت فعلًا بأعمالها، فهى شركة واقعية societe de fait، وتجب تصفيتها. وفى هذه الحالة لا يعتد بما ورد فى عقد تأسيس الشركة فى هذا الخصوص إذا كان هذا العقد قد نص على تعيين مصف أو على طريقة تعيين المصفى؛ فإن العقد باطل ولا يعمل بما جاء فيه، والقضاء هو الذى يقوم بتعيين المصفى للشركة الباطلة؛ بناء على طلب يتقدم به أحد الشركاء أو أى شخص آخر له مصلحة فى ذلك كدائن للشركة.

والقضاء - أيضًا - هو الذى يتولى تعيين الطريقة التى تتم بها التصفية، ولا يعتد

بما عسى أن يكون قد ورد فى العقد الباطل فى هذا الخصوص(١).

رابعًا - كيفية عزل المصفى:

إذا ارتكب المصفى ما يسوغ عزله: كأن ارتكب غشًا، أو خطأ، أو ظهر عجزه عن أعمال التصفية، أو حجر عليه أو أفلس - فإنه يعزل، ويكون عزله - كما يقول الدكتور حسنى المصرى -: بالكيفية التى عين بها، ويجوز للمحكمة؛ بناء على طلب أحد المساهمين أو الشركاء، أن تقضى بعزل المصفى لأسباب معقولة، وكل قرار أو حكم بعزل المصفى يجب أن يشتمل على تعيين من يحل محله، ويشهر عزل المصفى فى السجل التجارى وصحيفة الشركات، ولا يحتج بعزله قبل الغير إلا من تاريخ الشهر فى السجل التجارى (المادة ١٤١ من القانون)(٢).

خامسًا - السلطة المخولة لمدير الشركة قبل تعيين المصفى:

تعيين المصفى قد يستغرق وقتًا، والشركة تكون قد انحلت سلطة مديريها؛ فتبقى الشركة وقد دخلت دور التصفية، دون مصف ودون مدير؛ فاحتاط المشرع وواجه هذه الحالة بنص الفقرة الرابعة من المادة ٥٣٤ حيث تقول - كما رأينا -: «وحتى يتم تعيين المصفى يعتبر المديرون بالنسبة إلى الغير فى حكم المصفين».

فيجوز إذن لمديرى الشركة، فى الفترة ما بين حل الشركة وتعيين المصفى أن يقوموا بالأعمال الضرورية لمواجهة حالات الاستعجال. ومن ثم يصح للغير ممن تعامل مع الشركة أن يرفع دعوى على الشركة بعد حلها فى مواجهة هؤلاء المديرين، ويعتبر المديرون ممثلين للشركة تمثيلًا صحيحًا فى الدعوى المرفوعة.

بل يجب على مديرى الشركة، فى هذه الفترة، أن يقوموا بالإجراءات الضرورية للمحافظة على أموال الشركة ورعاية مصالحها، وأن يباشروا الأعمال المستعجلة التى لا تحتمل تأخيرًا. فإذا كانوا - مثلًا - قبل حل الشركة قد بدءوا عملًا من أعمال الإدارة ولم يتم هذا العمل، فعليهم أن يتموه أو أن يصلوا به إلى الحد الذى يؤمنون فيه مصالح الشركة قاله الدكتور عبد الرزاق السنهورى(٣).

---

(١) ينظر الوسيط ص (٣٩٢ - ٣٩٥).
(٢) ينظر القانون التجارى ص (١٣٩).
(٣) ص (٣٩٦).

سادسًا - كيفية تصفية أموال الشركة:

يبين الدكتور السنهورى ذلك فى النقاط التالية:

أولًا - أعمال إدارة الشركة:

إذا تولى المصفى تصفية الشركة، فإن مهمته الأساسية هى تصفية أموال الشركة لا إدارتها، وإنما يملك من الإدارة أعمالًا محدودة هى الأعمال الضرورية أو المستعجلة.

فإذا كان هناك عمل من أعمال الإدارة قد بدأ قبل حل الشركة ولم يتم، فعلى المصفى أن يتم هذا العمل؛ حتى يكفل أن يعود على الشركة بالنفع فإذا كانت الشركة شركة نشر - مثلًا - قد تعاقدت على نشر كتاب، وحلت قبل طبع الكتاب، فإن المصفى يملك التعاقد على طبع الكتاب؛ حتى يتم العمل الذى بدأ قبل حل الشركة.

ولكن ليس للمصفى أن يبدأ عملًا جديدًا من أعمال الإدارة، إلا أن يكون هذا العمل لازمًا لإتمام عمل سابق، فإذا كانت شركة أراض - مثلًا - باعت أرضًا قبل حلها، وبعد الحل طلب جار أخذ هذه الأرض بالشفعة - فإن المصفى باعتباره ممثلًا للشركة البائعة يشترك فى إجراءات الشفعة.

ثانيًا - الأعمال اللازمة لتصفية الشركة:

قد قدمنا أن مهمة المصفى الأساسية هى إجراء الأعمال اللازمة لتصفية أموال الشركة. ويمكن القول بوجه عام: إن المصفى يبدأ بأعمال تمهيدية للتصفية، ويستوفى ما للشركة من حقوق عند الغير، ويفى بما على الشركة من ديون للغير، وقد يبيع أموال الشركة بالقدر الضرورى للتصفية. فنستعرض كلًّا من هذه الأعمال المتنوعة.

١ - الأعمال التمهيدية للتصفية:

يبدأ المصفى باتخاذ الإجراءات اللازمة للتمهيد لأعمال التصفية، فيجرد أموال الشركة، ويحرر قائمة بالجرد، ويضع كشفًا تفصيليًّا يبين ما للشركة من حقوق وما عليها من ديون، وذلك بعد أن يتسلم دفاتر الشركة وأوراقها ومستنداتها، ويعاونه فى كل ذلك الذين كانوا يقومون بإدارة الشركة قبل حلها.

وتقول المادة ٩٢٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد: «على المصفى القضائى وغير القضائى عند مباشرته العمل» أن ينظم بالاشتراك مع مديرى

الشركة قائمة الجرد وموازنة الحسابات بما لها وما عليها. وعليه أن يتسلم ويحفظ دفاتر الشركة وأوراقها ومقوماتها التى يسلمها إليه المديرون، وأن يأخذ علمًا بجميع الأعمال المتعلقة بالتصفية على دفتر يومى وبحسب ترتيب تواريخها؛ وفقًا لقواعد المحاسبة المستعملة فى التجارة، وأن يحتفظ بجميع الأسناد المثبتة وغيرها من الأوراق المختصة بالتصفية».

٢ - استيفاء حقوق الشركة:

ويعمد المصفى إلى استيفاء حقوق الشركة من الغير، فيتخذ جميع الإجراءات اللازمة لاستيفاء هذه الحقوق. ويدخل فى ذلك مقاضاة المدينين للشركة، واتخاذ الوسائل التحفظية بالنسبة إلى هذه الحقوق، والتنفيذ على المدينين.

وليس له أن يعقد صلحًا أو تحكيمًا إلا باتفاق جميع الشركاء، ولا أن يتخلى عن تأمينات إلا مقابل تأمينات أخرى معادلة، ولا أن يبرئ ذمة المدينين.

٣ - وفاء ديون الشركة:

ويقوم المصفى فى الوقت ذاته بوفاء ما على الشركة من ديون، فيحصر دائنى الشركة وما لهم من حقوق فى ذمتها، وينشر الإعلانات اللازمة لدعوة جميع دائنى الشركة إلى التقدم بمستنداتهم:

فمن كان دينه من هؤلاء المدينين قد حل قبل انقضاء الشركة أو أثناء التصفية، وفاه حقه فورًا، وإذا لم يحضر لاستيفاء حقه جاز للمصفى إيداعه خزانة المحكمة على ذمة الدائن.

أما الديون المؤجلة فلا تحل بالتصفية كما تحل بالإفلاس، بل تبقى على آجالها، فإذا استطاع المصفى أن يوفيها أصحابها بعد اقتطاع ما يقابل الأجل، وكان فى ذلك مصلحة للشركة - فعل، وإلا اقتطع من أموال الشركة ما يفى بهذه الديون، ووضعه فى محل أمين حتى يحل الدين فيوفيه.

كذلك الديون المتنازع فيها، يقتطع لها المصفى ما يفى بها ويضعها فى محل أمين حتى ينحسم النزاع.

وقد يكون أحد الشركاء دائنًا للشركة؛ بأن يكون - مثلًا - قد أنفق مصروفات لمصلحة الشركة من حقه أن يستردها منها، أو أن يكون قد أقرضها مبلغًا من المال، فيفى المصفى للشريك الدائن بهذه الحقوق، شأن الشريك فى ذلك شأن سائر دائنى

الشركة.

وإذا لم تكن أموال الشركة كافية لوفاء الديون المستحقة عليها، وكان لدائنى الشركة أن يرجعوا فيما بقى لهم من حقوق على أموال الشركاء الخاصة، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم - وجب على المصفى أن يطلب من كل شريك أن يقدم من ماله الخاص ما هو ملتزم به لوفاء ديون الشركة.

٤ - بيع أموال الشركة بالقدر الضرورى للتصفية:

وللمصفى أن يبيع أموال الشركة - منقولًا كانت أو عقارًا - بالمزاد أو بالممارسة، إذا كان هذا البيع ضروريًا لأعمال التصفية؛ فيبيع منقولات الشركة وعقاراتها للوفاء بديونها إذا لم يكن فى مال الشركة نقود كافية للوفاء بهذه الديون.

وقد كان المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ٥٣٥ مدنى ينص على أن البيع لا يجوز «إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة»، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وقد اهتم المشروع - أيضًا - بأن يذكر صراحة أن سلطة المصفى فى بيع أموال الشركة تتحدد بالقدر اللازم لوفاء ديونها؛ لأنه إذا تم وفاء تلك الديون، وأمكن بذلك تحديد الصافى من أموال الشركة - فإن الغرض من التصفية يكون قد تحقق، وتزول الشخصية المعنوية للشركة، ويصبح الشركاء ملاكًا على الشيوع للأموال الباقية التى تجب قسمتها بينهم.

ولكن حذف هذا القيد فى لجنة مجلس الشيوخ؛ فأصبح من الجائز للمصفى أن يبيع منقولات الشركة وعقاراتها لغير وفاء الديون، ويتحقق ذلك إذا كانت عين من أعيان الشركة غير قابلة للقسمة عينًا؛ فيبيعها المصفى حتى يوزع ثمنها بين الشركاء.

كذلك يبيع المصفى البضائع التى لا تزال مملوكة للشركة والأدوات.

وقد تكون سلطة المصفى المنصوص عليها فى قرار تعيينه تمكنه من بيع جميع منقولات الشركة وعقاراتها؛ حتى يتيسر له توزيع هذه الأموال نقدًا على الشركاء، ففى هذه الحالة يجوز له أن يبيع كل أموال الشركة لهذا الغرض.

ويبدو، بعد أن حذف من الفقرة الثانية من المادة ٥٣٥ مدنى القيد الذى كان يقضى بأن تكون سلطة المصفى فى بيع أموال الشركة مقصورة على القدر الضرورى لوفاء ديون الشركة - أنه يجوز للمصفى أن يبيع منقولات الشركة وعقاراتها، بالمزاد أو بالممارسة، دون قيد. فإذا رأى أن يحول أموال الشركة نقودًا حتى تتيسر له

قسمتها على الشركاء فعل، وذلك مالم ينص فى أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة.

ويؤيد ذلك ما ورد فى مناقشات لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد: «رئى حذف عبارة: «ولكن لا يجوز له أن يبيع إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة، الواردة فى آخر الفقرة الثانية؛ لأن الشركة فى هذه الحالة تكون فى حالة تصفية، فمن الطبيعى أن يبيع المصفى كل موجودات الشركة، عقارًا أو منقولًا؛ لتحديد الصافى الواجب قسمته بين الشركاء، وتحديد نصيب كل منهم».

ثالثًا - حق الشركاء فى مراقبة أعمال التصفية:

والمصفى باعتباره وكيلًا عن الشركاء يجب أن يقدم لهم حسابًا عن أعمال التصفية التى قام بها. وإذا طلب أحد الشركاء - أثناء إجراء التصفية - أن يحصل على معلومات عن هذه الإجراءات، وجب على المصفى أن يوافيه بمعلومات كافية عن ذلك، وأن يضع تحت تصرفه الدفاتر والأوراق والمستندات المختصة بأعمال التصفية.

وتقول المادة ٩٣٥ من التقنين اللبنانى: «يجب على المصفى، عند كل طلب، أن يقدم للشركاء أو لأصحاب الحقوق الشائعة المعلومات الوافية عن حالة التصفية، وأن يضع تحت تصرفهم الدفاتر والأوراق المختصة بأعمال التصفية.

وتقول المادة ٩٣٦ من نفس التقنين: «إن المصفى ملزم بالموجبات التى تترتب على الوكيل المأجور فيما يختص بتقديم حساباته وإعادة المال الذى قبضه عن طريق وكالته. وعليه أن ينظم عند نهاية التصفية قائمة الجرد وموازنة الموجودات والديون، ويلخص فيها جميع الأعمال التى أجراها والحالة النهائية التى نتجت عنها».

وتقول المادة ٩٣٩ من نفس التقنين: «بعد نهاية التصفية وتسليم الحسابات يودع المصفى دفاتر الشركة المنحلة وأوراقها ومستنداتها قلم المحكمة أو محلًا آخر أمينًا تعينه المحكمة، ما لم تعين غالبية الشركاء شخصًا لتسلمها. ويجب أن تبقى محفوظة فى المحل المذكور مدة خمس عشرة سنة من تاريخ الإيداع. ويحق لذوى الشأن ولورثتهم أو خلفائهم فى الحقوق أو للمصفين أن يراجعوا المستندات ويدققوا فيها».

ولم ترد فى التقنين المصرى نصوص تقابل هذه النصوص الواردة فى التقنين اللبنانى؛ فلا يسرى من هذه الأحكام فى مصر إلا ما كان يتفق مع القواعد العامة؛ فلا يسرى - مثلًا - وجوب حفظ أوراق التصفية مدة خمس عشرة سنة من وقت

الإيداع؛ فهذا الحكم لا يقوم إلا بنص خاص.

رابعًا - أجر المصفى:

ولم يعرض التقنين المدنى المصرى لأجر المصفى؛ فيجب تطبيق القواعد العامة، ولما كان المصفى وكيلًا عن الشركاء، وكان الأصل فى الوكالة ألا تكون مأجورة إلا إذا اتفق على أجر للوكيل (م ٧٠٩ مدنى)، فالظاهر أنه لا بد من النص على أجر للمصفى فى قرار تعيينه الصادر من أغلبية الشركاء أو من القضاء، ويغلب أن يعين له أجر، وبخاصة إذا كان أجنبيًا من غير الشركاء[١].

سابعًا - توزيع الصافى من أموال الشركة على الشركاء.

يقول الدكتور حسنى المصرى: يَفترضُ انتهاءُ التصفية أنه قد تم تحصيل جميع حقوق الشركة والوفاء بجميع ديونها. فإذا أسفرت هذه التسوية عن بقاء موجودات الشركة، فإن هذه الموجودات لا تصبح على ملك الشركة؛ حيث فقدت شخصيتها المعنوية بانتهاء أعمال التصفية، بل تصبح مملوكة للشركاء على الشيوع بينهم. ويعتبر هذا الشيوع شيوعًا إجباريًا ومؤقتًا؛ حيث يترتب - بقوة القانون - على زوال الشخصية المعنوية للشركة، وحيث لا ينصرف قصد الشركاء إلى خلق حالة شيوع أو إلى استمراره لمدة معينة؛ لذا تلزم قسمة الموجودات بين الشركاء **Le Partage**، سواء تولى القسمة أحد الشركاء أو المصفى أو الغير، حسب الاتفاق.

وتقسم موجودات الشركة بين الشركاء جميعًا، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم واستنزال المبالغ اللازمة للوفاء بالديون التى لم تحل أو الديون المتنازع فيها، ورد المصروفات أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة (المادة ٥٣٦/ ١ مدنى). ويختص كل واحد من الشركاء بمبلغ يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى رأس المال، كما هى مبينة فى العقد، وذلك إذا كانت الحصة على سبيل التمليك أو كانت على سبيل الانتفاع العينى وهلكت بالاستعمال باعتبارها من المثليات، أما إذا كان الشريك قد اقتصر على تقديم عمله فإنه يسترد حريته فى العمل، وإذا اقتصر - فيما قدمه من شىء - على حق المنفعة فيه، أو على مجرد الانتفاع به - استرد هذا الشىء ذاته (المادة ٥٣٦/ ٢ مدنى).

---

(١) ينظر الوسيط ص (٤٠٠ - ٤٠٨).

وإذا بقى شىء بعد ذلك، وهو ما يعرف بفائض القسمة boni de Liquidation، وجبت قسمته - أيضًا - بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم فى الأرباح، أما إذا لم يكف صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء، فإن الخسارة توزع عليهم جميعًا بحسب النسبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر (المادة ٣/٥٣٦ و٤ مدنى)[١].

ومن ثم يقول الدكتور السنهورى:

يكون هناك محل:

أولًا: لتوزيع قيمة الحصص على الشركاء.

ثانيًا: لتوزيع ما زاد على هذه الحصص باعتبار الزائد أرباحًا.

ثالثًا: لتوزيع ما نقص عن هذه الحصص باعتبار الناقص خسائر.

أولًا - توزيع ما يعادل قيمة الحصص على الشركاء:

فيبدأ المصفى بأن يخصص من صافى مال الشركة، لكل شريك، مبلغًا يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى رأس المال.

ويغلب أن تكون قيمة حصة كل شريك مبينة فى عقد تأسيس الشركة. وعند ذلك يخصص للشريك من صافى مال الشركة ما يعادل هذه القيمة المبينة فى العقد.

أما إذا كانت قيم حصص الشركاء غير مبينة فى عقد تأسيس الشركة، وجب على المصفى تقويم هذه الحصص وقت تسليمها للشركة من الشركاء. ويرجع فى ذلك إلى أوراق الشركة ومستنداتها ودفاترها وإلى رأى الخبراء وشهادة الشهود عند الاقتضاء.

وإذا نازع الشريك فى القيمة التى قدرت بها حصته، كان له أن يلجأ إلى القضاء، ولقاضى الموضوع الكلمة الأخيرة فى هذا التقدير.

وقد تكون حصة الشريك عملًا قدمه للشركة، فلا يختص الشريك فى هذه الحالة بشىء؛ ذلك أن حصته فى الواقع من الأمر هى استنفاد هذا العمل؛ فلا يبقى شىء يسترده. ولكن تقدر قيمة هذا العمل مع ذلك، لا لتخصيص هذه القيمة للشريك؛ ولكن لتقدير النسبة التى يساهم فيها الشريك فى الأرباح وفى الخسائر إذا لم تكن

---

(١) ينظر القانون التجارى ص (١٤٢، ١٤٣).

هناك نسبة أخرى محددة لذلك، على ما سيأتى.

وقد تكون حصة الشريك حق المنفعة فى شىء معين بالذات droit d'usufruit أو مجرد حق شخصى فى الانتفاع بشىء معين بالذات droit personnel de jouissance؛ فلا يختص الشريك فى هذه الحالة - أيضًا - بشىء من حصته؛ لأن الحصة هنا كما فى العمل هى استنفاد منفعة الشىء أو الانتفاع به؛ فلا يبقى للشريك شىء يسترده. وتقدر قيمة المنفعة أو حق الانتفاع لمعرفة النسبة التى يساهم بها الشريك فى الأرباح وفى الخسائر، كما رأينا عندما تكون الحصة عملًا.

ثانيًا - توزيع الأرباح بين الشركاء:

وعند ما يتخصص لكل شريك قيمة حصته على الوجه المتقدم بيانه، ويبقى بعد ذلك شىء ما فى مال الشركة - فإن الباقى يعتبر أرباحًا للشركة، ويوزع بين الشركاء بالنسبة التى توزع بها الأرباح.

وقد قدمنا أن عقد الشركة قد ينص على النسبة التى توزع بها الأرباح بين الشركاء؛ فتلتزم هذه النسبة لقسمة الباقى من صافى مال الشركة بين الشركاء.

أما إذا لم يكن عقد الشركة قد نص على النسبة التى توزع بها الأرباح، فقد قدمنا أن الأرباح توزع بنسبة حصة كل شريك فى رأس المال؛ ومن ثم يوزع الباقى من صافى مال الشركة على الشركاء كل منهم بنسبة حصته فى رأس المال.

فإذا فرضنا أن الصافى من مال الشركة هو خمسة آلاف، وأن الشركاء عددهم ثلاثة، وقدرت حصة الأول فى رأس المال بألف، وحصة الثانى بثمانمائة، وحصة الثالث بسبعمائة - خصص لكل شريك قيمة حصته؛ فيكون مجموع الحصص ألفين وخمسمائة، والباقى من صافى مال الشركة - وهو ألفان وخمسمائة أيضًا - يعتبر أرباحًا. فإذا كانت هناك نسبة متفق عليها لتوزيع الأرباح، وزع الباقى على الشركاء بهذه النسبة.

أما إذا لم تكن هناك نسبة متفق عليها، وزع الباقى بنسبة الحصص، فيأخذ كل شريك فى هذه الحالة حصته مضاعفة، مرة عن قيمة حصته ومرة أخرى عن نصيبه فى الربح؛ لأن قيمة الحصص فى الفرض الذى نحن بصدده معادلة لقيمة الأرباح.

ثالثًا: توزيع الخسائر بين الشركاء:

أما إذا لم يف الصافى من مال الشركة بحصص الشركاء فإن ما نقص من هذه الحصص يعتبر خسائر، ويوزع على الشركاء بالنسبة التى توزع بها الخسائر، فإن كان متفقًا على نسبة معينة، التزمت هذه النسبة فى توزيع ما نقص من صافى مال الشركة عن قيمة الحصص. وإن لم يكن متفقًا على نسبة معينة، كان التوزيع على كل شريك بنسبة حصته فى رأس المال.

فإذا فرضنا أن الصافى من مال الشركة هو ألفان، وأن الشركاء عددهم ثلاثة، وقدرت حصة الأول فى رأس المال بثلاثة آلاف، وكانت حصة الثانى منفعة قدرت بخمسمائة، وكانت حصة الثالث عملًا قدر بخمسمائة أخرى - خصص للشريك الأول من صافى مال الشركة قيمة حصته، أما الثانى الذى حصته منفعة والثالث الذى حصته عمل فلا يأخذان شيئًا عن حصتيهما؛ كما سبق القول.

فتبين أن صافى مال الشركة لا يفى بحصة الشريك الأول؛ إذ الصافى ألفان، وحصة الشريك الأول ثلاثة آلاف؛ فيأخذ الشريك الأول كل الألفين، وما نقص وهو ألف يعتبر خسائر. فإذا لم تكن هناك نسبة متفق عليها فى توزيع هذه الخسائر بين الشركاء، وزعت عليهم كل بنسبة حصته؛ ومن ثم يوزع الألف - وهو الخسائر - على الشركاء الثلاثة بنسبة حصصهم، أى: بنسبة ثلاثة آلاف حصة الأول إلى خمسمائة حصة الثانى إلى خمسمائة حصة الثالث؛ فيتحمل الشريك الأول ثلاثة أرباع الخسائر، أى: سبعمائة وخمسين من الألف، ويتحمل كل من الشريكين الآخرين نصف الربع من الخسائر؛ فيرجع الشريك الأول على كل منهما بمائة وخمسة وعشرين؛ فيكون ما يأخذه منهما معًا مائتين وخمسين، وذلك إلى جانب الألفين وهو المبلغ الذى سبق أن خصص له فى مقابل حصته[1].

ثامنًا - القسمة بين الشركاء:

بناء على ما جاء فى المادة ٥٣٧ من التقنين المدنى من أنه «تتبع فى قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع - فإنه متى تحدد نصيب كل شريك فى الصافى من مال الشركة على النحو الذى تقدم بيانه، فتخصص لكل شريك قيمة

---

(١) ينظر الوسيط ص (٤١١ - ٤١٤) .

حصته فى رأس المال، يضاف إليها نصيبه فى الأرباح أو ينقص منها نصيبه فى الخسائر؛ فقد أصبح هذا الصافى من مال الشركة - وهو مملوك على الشيوع لجميع الشركاء كما قدمنا - محددًا فيه نصيب كل شريك شائعًا.

فإذا كان صافى مال الشركة نقدًا، تيسر توزيعه على الشركاء، كل بنسبة نصيبه، ولا محل فى هذه الحالة لإجراء القسمة عينًا.

أما إذا كان هذا الصافى أعيانًا معينة بالذات، منقولًا كان أو عقارًا، أو اشتمل على أعيان معينة بالذات - بقيت هذه الأعيان شائعة بين الشركاء، وينقضى هذا الشيوع بالقسمة، شأن كل مال شائع.

وقد أحالت المادة ٥٣٧ مدنى السالفة الذكر صراحة على القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع؛ فلكل شريك أن يطالب بالقسمة، وعندئذ تسرى الأحكام الواردة فى المواد ٨٣٤ إلى ٨٤٩ مدنى[(١)].

(ينظر الوسيط فى شرح القانون المدنى).

هذا ما يتعلق بتصفية الشركة من الناحية القانونية: أما فى الفقه الإسلامى فإنه بانتهاء الشركة تبدأ عملية القسمة بين الشركاء، يقول الدكتور يوسف المرصفى: وهم بالخيار حسبما يتفقون:

١ - فإن اتفقوا على القسمة، قسمت الأموال بينهم حسب نصيب كل منهم فيها.

٢ - وإن طالب أحدهم البيع والآخر القسمة، قسمت الأموال أيضًا بينهم حسب نصيب كل منهم فيها.

هذا فى حالة ما إذا كانت أنصبتهم فى الربح على قدر أموالهم.

٣ - وإن اتفقوا على البيع فعلوا، ثم يقتسمون الأموال حسب أنصبتهم، والربح يقسم بينهم على ما شرطوه، والوضيعة على قدر الأموال.

وفى المضاربة: إذا انتهت المضاربة والمال ناض لا ربح فيه أخذه رب المال. وإن كان فيه ربح قسم بينهما على ما شرطاه.

وإن كان المال عرضا، فلهما أن يتفقا على البيع أو القسمة.

فإن طلب العامل البيع، ورفض رب المال، أجيب العامل إلى طلبه؛ لأن حقه فى الربح لا يظهر إلا بالبيع؛ هذا إذا ظهر فى المال ربح.

---

(١) ينظر السابق ص (٤١٥، ٤١٦).

فإن طلب رب المال البيع، ورفض العامل، فهناك رأى بإجبار العامل على البيع، ورأى بعدم إجباره.

وإذا انتهت المضاربة والمال دين، فقد ألزم الشافعية والحنابلة العامل بتقاضى هذا الدين، بينما لم يلزمه الحنفية بتقاضيه إلا إذا ظهر فى المال ربح[١].

هذا هو مجمل ما يتعلق بتصفية الشركة فى الفقه الإسلامى، وبالمقارنة بينه وبين ما جاء فى القانون يتضح أن:

١ - لا خلاف بين الفقه والقانون على أن اتفاق الشركاء على طريقة التصفية وقسمة الأموال يجب أن يتبع.

ويضيف القانون أنه إذا كان عقد الشركة باطلا، فلا يعتد بهذا الاتفاق. وفى الفقه الإسلامى: إذا كان عقد الشركة فاسدًا، فلا اعتبار لشروطهما، ولكل منهما رأس ماله، وإذا تحققت أرباح، كانت قسمتها على قدر الأموال.

٢ - يقرر القانون أن قسمة الأموال لا تكون إلا بعد استيفاء ما على الشركة من ديون وغيرها. وهذا الوضع يشبه ما سماه الفقهاء بشركة الملك، وقد تنشأ هذه الشركة نتيجة للإرث؛ بأن يرث اثنان أو أكثر تركة تئول إليهما من قريب لهما؛ وبناء على الأحكام العامة فى الفقه الإسلامى لا تركة إلا بعد سداد الديون. ولكن الديون هنا ليست ديون الشركة، وإنما هى ديون المورث.

٣ - يشبه موقف المضارب عند القسمة موقف الشريك الذى اقتصر على تقديم عمله، أو اقتصرت حصته على حق المنفعة أو على مجرد الانتفاع، فكلاهما لا حق له فى رأس المال عند قسمته، ويقتصر حقهما على الأرباح إن وجدت[٢].

٤ - يستتبع الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة، وجوب الإبقاء على هذه الشخصية بعد انتهاء الشركة بالقدر اللازم لإتمام عمليات التصفية. وهذا الوضع ليس غريبًا على الفقه الإسلامى؛ فمن قواعده المعروفة: لا تركة إلا بعد سداد الديون؛ وهذا يعنى الإبقاء على ذمة المتوفى بعد موته حتى تسدد ديونه[٣].

* * *

(١) ينظر الشركات بين الفقه الإسلامى والقانون ص (١٤٧ - ١٤٩).
(٢) ينظر السابق ص (١٥٣).
(٣) ينظر السابق ص (١٥٦).

خاتمة

بهذا القدر نكون قد استطعنا أن نقدم صورة عامة عن الشركات العصرية، فتحدثنا عن العموميات التى تشمل هذه الشركات من مقومات وخصائص وأركان. . . إلخ، تاركين الفروع التى تختص بها بعض الشركات دون بعض خشية الإطالة، ولأن هذا ليس موضع الخوض فى كل تفصيلاتها.

ثم إننا لم نغفل أمر المقارنة بين ما جاء فى القانون الوضعى والفقه الإسلامى؛ لنخرج من هذه المقارنة بفائدتين جليلتى القدر، هما:

أولًا: مدى شرعية ما جاء فى القانون الوضعى.

ثانيًا: مدى الحس المستقبلى والبراعة العقلية التى تمتع بها فقهاؤنا، رحمهم الله - تعالى - وأجزل لهم الثواب عما أفادوا به الإسلام والمسلمين، ونسأله - سبحانه - أن يحشرنا فى زمرتهم والصالحين.

والله ولى التوفيق.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب: الوكالة

تجوز الوكالة فى عقد البيع؛ لما روى عن عروة بن الجعد، قال: أعطانى رسول الله ﷺ دينارًا أشترى له شاةً، أو أضحيةً؛ فاشتريت شاتين، فبعت إحداهما بدينار، وأتيته بشاة ودينار، فدعا لى بالبركة، فكان لو اشترى ترابًا لربح فيه.

ولأن الحاجة تدعو إلى الوكالة فى البيع؛ لأنه قد يكون له مال، ولا يحسن التجارة فيه، وقد يحسن، ولا يتفرغ إليه؛ لكثرة أشغاله، فجاز أن يوكل فيه غيره.

وتجوز فى سائر عقود المعاملات: كالرهن، والحوالة، والضمان، والكفالة، والشركة، والوكالة، والوديعة، والإعارة، والمضاربة، والجعالة، والمساقاة، والإجارة، والقرض، والهبة، والوقف، والصدقة؛ لأن الحاجة إلى التوكيل فيها كالحاجة إلى التوكيل فى البيع.

وفى تملك المباحات: كإحياء الموات، واستقاء الماء، والاصطياد، والاحتشاش - قولان:

أحدهما: لا يصح التوكيل فيها؛ لأنه تملك مباح، فلم يصح التوكيل فيه؛ كالاغتنام.

والثانى: يصح؛ لأنه تملك مال بسبب لا يتعين عليه، فجاز أن يوكل فيه، كالابتياع، والاتهاب.

ويخالف الاغتنام؛ لأنه يستحق بالجهاد، وقد تعين عليه بالحضور، فتعين له ما استحق به.

(فصل) ويجوز التوكيل فى عقد النكاح؛ لما روى أن النبى ﷺ وكَّل عمرو بن أمية الضمرى فى نكاح أم حبيبة.

ويجوز فى الطلاق، والخلع، والعتاق؛ لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه، كما تدعو إلى التوكيل فى البيع، والنكاح.

ولا يجوز التوكيل فى الإيلاء، والظهار، واللعان؛ لأنها أيمان فلا تحتمل التوكيل.

وفى الرجعة وجهان:

أحدهما: لا يجوز التوكيل فيه، كما لا يجوز في الإيلاء، والظهار.

والثاني: أنه يجوز، وهو الصحيح، فإنه إصلاح للنكاح، فإذا جاز في النكاح، جاز في الرجعة.

(فصل) ويجوز التوكيل في إثبات الأموال، والخصومة فيها؛ لما روى أن عليًا - كرم الله وجهه - وكَّلَ عقيلًا - رضى الله عنه - عند أبي بكر، وعمر - رضى الله عنهما - وقال: ما قضى له فلى، وما قضى عليه فعلىَّ.

ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان - رضى الله عنه. وقال على: إن للخصومات قحمًا، قال أبو زياد الكلابى: القحم: المهالك، ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل في الخصومات؛ لأنه قد يكون له حق، أو يدعى عليه حق، ولا يحسن الخصومة فيه، أو يكره أن يتولاها بنفسه؛ فجاز أن يوكل فيه.

ويجوز ذلك من غير رضا الخصم؛ لأنه توكيل في حقه، فلا يعتبر فيه رضى من عليه، كالتوكيل في قبض الديون.

ويجوز التوكيل في إثبات القصاص، وحد القذف؛ لأنه حق آدمى، فجاز التوكيل في إثباته؛ كالمال.

ولا يجوز التوكيل في إثبات حدود الله - تعالى - ؛ لأن الحق له، وقد أمرنا فيه بالدرء والتوصل إلى إسقاطه، وبالتوكيل يتوصل إلى إيجابه، فلم يجز.

ويجوز التوكيل في استيفاء الأموال؛ لأن النبى ﷺ بعث العمال؛ لقبض الصدقات، وأخذ الجزى.

ويجوز في استيفاء حدود الله - تعالى - ؛ لأن النبى ﷺ بعث أنيسًا لاقامة الحد، وقال: «يا أنيس اغد على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها» ووكل عثمان - رضى الله عنه - عليًا - كرم الله وجهه - ليقيم حد الشرب على الوليد بن عقبة.

وأما القصاص، وحد القذف، فإنه يجوز التوكيل في استيفائهما بحضرة الموكل؛ لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه؛ لأنه قد يكون له حد، أو قصاص، ولا يحسن أن يستوفيه، فجاز أن يوكل فيه غيره.

وهل يجوز أن يستوفيه في غيبة الموكل؟ قال (في الوكالة): لا يستوفى، وقال (في الجنايات) ولو وكل؛ فتنحى به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو وقبل العلم بالعفو، ففى الضمان قولان، وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتص مع غيبة الموكل.

فمن أصحابنا من قال: يجوز قولًا واحدًا، وهو قول أبى إسحاق؛ لأنه حق يجوز أن يستوفيه بحضرة الموكل، فجاز فى غيبته، كأخذ المال وحمل قوله (لا يستوفى) على الاستحباب.

ومنهم من قال: لا يجوز قولًا واحدًا؛ لأن القصاص والحد يحتاط فى إسقاطهما، والعفو مندوب إليه فيهما، فإذا حضر رجونا أن يرحمه، فيعفو عنه، وحمل قوله: (فى الجنايات) على أنه أراد إذا تنحى به، ولم يغب عن عينه فعفا، ولم يسمع الوكيل فقتل.

ومنهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: يجوز.

والثانى: لا يجوز، ووجههما ما ذكرناه.

(فصل) ويجوز التوكيل فى فسخ العقود؛ لأنه إذا جاز التوكيل فى عقدها، ففى فسخها - أولى؛ ويجوز أن يوكل فى الإبراء من الديون؛ لأنه إذا جاز التوكيل فى إثباتها واستيفائها، جاز التوكيل فى الإبراء عنها.

وفى التوكيل فى الإقرار وجهان:

أحدهما: يجوز، وهو ظاهر النص؛ لأنه إثبات مال فى الذمة بالقول، فجاز التوكيل فيه؛ كالبيع.

والثانى: لا يجوز، وهو قول أبى العباس؛ لأنه توكيل فى الإخبار عن حق، فلم يجز، كالتوكيل فى الشهادة بالحق، فإذا قلنا: لا يجوز فهل يكون توكيله إقرارًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه إقرار؛ لأنه لم يوكل فى الإقرار بالحق إلا والحق واجب عليه.

والثانى: أنه لا يكون إقرارًا، كما لا يكون التوكيل فى الإبراء إبراءً.

(الشرح) قوله: لما روى عن عروة بن أبى الجعد قال: أعطانى رسول الله ﷺ دينارًا...» الحديث.

أخرجه أحمد فى المسند[١] ، والبخارى[٢] ، وأبو داود[٣] ، والترمذى[٤] ،

---

(١) ٤/ ٣٣٥، ٣٣٦ .

(٢) ٦/ ٦٣٢ كتاب المناقب باب (٢٨) حديث (٣٦٤٢) .

(٣) ٣/ ٦٧٧ كتاب البيوع والإجارات باب فى المضارب يخالف (٣٣٨٤) .

(٤) ٣/ ٥٥٩ كتاب البيوع باب (٣٤) حديث (١٢٥٨) .

وابن ماجه[١] ، والدارقطنى[٢] ، والبيهقى[٣] ، من حديث عروة بن أبى الجعد البارقى.

قوله: لما روى «أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمرى فى نكاح أم حبيبة» فأخرجه أبو داود[٤] ، والنسائى[٥]. ولفظ النسائى: أن رسول الله ﷺ تزوجها وهى بأرض الحبشة زوجها النجاشى وأمهرها أربعة آلاف وجهزها من عنده وبعث بها مع شرحبيل بن حسنة ولم يبعث إليها رسول الله ﷺ بشىء وكان مهر نسائه أربعمائة درهم.

وهو عند أبى داود بنحوه.

وليس فيه ذكر أنه وكل عمرو بن أمية فى ذلك لكن الذى ذكره صاحب المهذب ذكره البيهقى فى المعرفة[٦] ، قال: روينا عن أبى جعفر محمد بن على أنه حكى ذلك.

وحكاه أيضًا فى الخلافيات بلا سند.

وأخرجه فى السنن الكبرى[٧] ، من طريق ابن إسحاق حدثنى أبو جعفر قال: بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمرى إلى النجاشى فزوجه أم حبيبة.

وهو مرسل.

قوله «أن عليا كرم الله وجهه وكل عقيلا. . . . . .» ذكره الشافعى فى الأم[٨].

وأخرجه البيهقى فى السنن الكبرى[٩] ، عن عبد الله بن جعفر قال: كان على بن أبى طالب رضى الله عنه يكره الخصومة فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبى طالب فلما كبر عقيل وكلنى.

---

(١) ٢/ ٨٠٣ كتاب: الهبات باب الأمين يتجر فيه فيربح حديث (٢٤٠٢) .
(٢) ٣/ ١٠ كتاب البيوع، حديث (٢٩) .
(٣) ٦/ ١١٢ كتاب القراض باب المضارب يخالف بما فيه زيادة لصاحبه .
(٤) ١/ ٦٣٥ كتاب النكاح باب فى الولى، حديث (٢٠٨٦) .
(٥) ٦/ ١١٩ كتاب النكاح باب القسط فى الأصدقة .
(٦) ٥/ ٢٦١ .
(٧) ٧/ ١٣٩ .
(٨) ٣/ ٢٣٣ .
(٩) ٦/ ٨١ .

وقوله: «ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان ....» فأخرجه البيهقى فى السنن الكبرى[١].

قوله «لأن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أنيسا لإقامة الحد ....» سيأتى بتمامه فى كتاب الحدود.

قوله: «ووكل عثمان رضى الله عنه عليا كرم الله وجهه ليقيم حد الشرب»

أخرجه أحمد[٢]، ومسلم[٣]، وأبو داود[٤]، والنسائى فى الكبرى[٥]، وابن ماجه[٦]، والدارمى[٧] مختصرًا، وعبد الرزاق[٨] بنحوه. كلهم من حديث حصين بن المنذر أبو ساسان، قال: شهدت عثمان بن عفان وأتى بالوليد قد صلى الصبح ركعتين. ثم قال: أزيدكم؟ فشهد عليه رجلان أحدهما حمران أنه شرب الخمر، وشهد آخر أنه رآه يتقيأ. فقال عثمان إنه لم يتقيأ حتى شربها، فقال: يا على قم فاجلده. فقال على: قم يا حسن فاجلده. فقال الحسن: ول حرَّها من تولى قارها - فكأنه وجد عليه - فقال: يا عبد الله بن جعفر! قم فاجلده. فجلده وعلى يعد حتى بلغ أربعين فقال: أمسك. ثم قال: جلد النبى ﷺ أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، كل سنة، وهذا أحب إلى. وهذا لفظ مسلم.

أما عروة بن الجعد[٩]، فهو: عروة بن عياض بن أبى الجعد البارقى، له صحبة ورواية عن النبى ﷺ.

له ثلاثة أحاديث فيما قيل، حديثان فى الخيل، وحديث فى الأضحية. واستعمله عمر رضى الله عنه على قضاء الكوفة، ويعد فيهم، وحديثه عندهم، قال ابن

---

(١) ٦/ ٨١.
(٢) ١/ ٨٢، ١٤٠، ١٤٤.
(٣) ٧/ ٢٣١، ٢٣٢ كتاب الحدود، باب حد الخمر، حديث ٣٨/ ١٧٠٧.
(٤) ٤/ ١٦٣، ١٦٤ كتاب الحدود، باب الحد فى الخمر، حديث ٤٤٨٠-٤٤٨١.
(٥) ٣/ ٢٤٨ كتاب الحد فى الخمر باب حد الخمر، حديث ٥٢٦٩.
(٦) ٢/ ٨٥٨ كتاب الحدود باب حد السكران حديث ٢٥٧١.
(٧) ٢/ ١٧٥ كتاب الحدود باب الحد فى الخمر مختصرًا.
(٨) ١٣٥٤٥.
(٩) تنظر: ترجمته فى الثقات (٣/ ٣١٤)، والاستيعاب (١٠٦٥)، وتهذيب التهذيب (٧/ ١٦١)، وتاريخ بغداد (١/ ١٩٣، ١٩٤)، وتهذيب الأسماء واللغات (١/ ٣٣١).

المدينى: من قال فيه: ابن الجعد فقد أخطأ، وإنما هو عروة بن أبى الجعد. روى عنه الشعبى وأبو إسحاق السبيعى، وغيرهما، وذكره أبو بكر الخطيب فى تاريخه فيمن ورد المدائن، فقال: هو عروة بن الجعد، ويقال: بن أبى الجعد البارقى، حدث عن رسول الله ﷺ عدة أحاديث، روى عنه العيزار بن حريث، وعامر الشعبى، وشبيب بن غرقدة، وكان نزل الكوفة وولى القضاء بها، وأتى المدائن، ثم انتقل إلى براز الروز، على مرحلة من النهروان، فأقام بها مرابطا.

وأما عمرو بن أمية الضمرى [١] : فهو أبو أمية عمرو بن أمية بن خويلد بن عبد الله بن إياس بن عبيد بن ناشرة بن كعب الضمرى، من بنى ضمرة بن بكر بن عبد مناة. شهد بدرا وأحدا مع المشركين، ثم أسلم عند انصراف المشركين من أحد. وكان من رجال العرب نجدة وجرأة. وأول مشهد شهده مع المسلمين يوم بئر معونة، فأسره عامر بن الطفيل ثم أطلقه بعد أن جز ناصيته. بعثه النبى ﷺ إلى النجاشى بالحبشة، فقدم على النجاشى بكتاب رسول الله ﷺ يدعوه إلى الإسلام، فأسلم النجاشى. عداده فى أهل الحجاز. روى عنه ابناه جعفر، وعبد الله وابن أخيه الزبرقان بن عبد الله. ومات أيام معاوية بالمدينة، وقيل: سنة ستين.

وأما عقيل [٢] : فهو أبو يزيد عقيل بن أبى طالب الهاشمى أخو على بن أبى طالب لأبيه وأمه، وكان أسن من على بعشرين سنة، والنبى ﷺ كناه بأبى يزيد، ويزيد أحد بنيه. قدم البصرة، ثم أتى الكوفة، ثم أتى الشام، وكان قد شهد بدرا مع المشركين مكرها، وأسر وفداه العباس، ثم أسلم قبل الحديبية، ومات بعدما أضر فى أيام معاوية، وكان أعرف قريش بالأنساب، وكان فاضلا ذكيا حاضر الجواب، عارفا بمثالب قريش، فكانت قريش تبغضه لذلك. وحضر وقعة صفين مع معاوية بن أبى سفيان، وكان كثير الإحسان إليه، والعطاء له، فقال له معاوية يوما: لابد أن تصعد المنبر وتلعن عليا، فقال: إن هذا أمر لا سبيل لى إليه، فرغبه معاوية وأعطاه

---

(١) ينظر جمهرة الأنساب (١٨٥)، والاستيعاب (١١٦٢)، وتهذيب التهذيب (٨/ ٦)، والثقات (٣/ ٢٧٢)، والإصابة (٢/ ٥٢٤)، والكاشف (٢/ ٢٨٠)، وتهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٢٤) .

(٢) ينظر نسب قريش (٩)، والتبيين (٩٠)، وطبقات ابن سعد (٤/ ٢٨)، والاستيعاب (١٠٧٨)، وجمهرة الأنساب (٦٩)، وتهذيب التهذيب (٧/ ٢٢٦)، وتهذيب الأسماء واللغات (١/ ٣٣٧) .

وحمله على ذلك بكل ممكن، فقال: نعم، أما إذا لم أجد من ذلك بدا فسأفعل، ثم رقى المنبر، وأقبل على الناس، وقال: معاشر المسلمين! إن معاوية بن أبى سفيان يأمرنى بلعن على بن أبى طالب، ألا فالعنوه، فقال الناس لعنه الله. فلما نزل قال له معاوية: ما أراك إلا لعنتنى، هلا أفصحت؟ فقال: إنى لا أجد سبيلا إلى غير ذلك، ولا أفعله، فتركه معاوية.

أما أبو زياد الكلابى[١] : قال الخطيب فى التاريخ: أبو زياد الكلابى أعرابى قدم بغداد أيام أمير المؤمنين المهدى، حيث أصابت الناس المجاعة، فأقام ببغداد أربعين سنة، ومات بها، وله شعر كثير، وعلق الناس عنه أشياء كثيرة من اللغة، وعلم العربية.

وأنيس الصحابى[٢] بالتصغير مذكور فى المختصر فى الحدود وتكرر فى المهذب حديثه «واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» وهو ثابت فى الصحيحين مشهور من رواية زيد بن خالد وأبى هريرة. وأنيس هذا هو أنيس بن الضحاك الأسلمى معدود فى الشاميين. وقال ابن عبد البر: يقال له أنيس بن مرثد قال ابن الأثير: الأول أشبه بالصحة لكثرة الناقلين له ولأن النبى ﷺ كان يقصد أن لا يؤمر فى القبيلة إلا رجل منها لنفورهم من حكم غيرهم وكانت المرأة أسلمية، والله أعلم.

تعريف الوكالة فى اللغة:

الوَكالة بفتح الواو وكسرها، والفتح أشهر، اسم من الرباعى: وَكَّل، ومصدره: التوكيل، وتطلق الوكالة، ويُراد بها معانٍ متعددة، منها:

الحفظ والتفويض؛ فما سُمِىَ الوكيل وكيلًا إلا أنه قد وُكِّلَ إليه القيام بأمر، فأفاد معنى التفويض.

ويراد بها أيضًا الكفالة، ومنه قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ قَالَ لَهُمُ ٱلنَّاسُ إِنَّ ٱلنَّاسَ قَدْ جَمَعُوا۟ لَكُمْ فَٱخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَـٰنًا وَقَالُوا۟ حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ﴾ [آل عمران: ١٧٣]، فقيل فى معناه: والوكيل: مَنْ تُوكَلْ إليه الأمور؛ أى: نعم الموكل إليه أمرنا، أو الكافى أو الكافل؛ فهو فعيل بمعنى فاعل.

ومن معانيه أيضًا: القائم بما فُوِّضَ إليه، قال فى اللسان: وكيل الرَّجل: الذى

---

(١) ينظر: تهذيب التهذيب (١٢/١٠٢)، المغنى فى الإنباء (٢/٤٧٠) (١٢٢).
(٢) ينظر ترجمته فى تهذيب الأسماء واللغات (١/١٢٨) (٧٣) .

يقوم بأمره، سمى وكيلًا؛ لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره، فهو موكول إليه الأمر.

وتطلق الوكالة أيضًا بمعنى: الاعتماد، فالتوكل هو إظهار العجز فى الأمر والاعتماد على الغير وواكل فلانا إذا ضيع أمره متكلًا على غيره.

ومنه قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا عَلَيْكَ تَوَكَّلْنَا وَإِلَيْكَ أَنَبْنَا وَإِلَيْكَ ٱلْمَصِيرُ﴾ [الممتحنة: ٤].

قال القرطبى: أى: تبرءوا من الكفار، وتوكلوا على الله، وقولوا: ربنا عليك توكلنا؛ أى: اعتمدنا.

وكل هذه المعانى تدور حول القيام بأمر الغير[١].

تعريف الوكالة عند الفقهاء:

أولًا - تعريف الشافعية:

عند الشافعية هى: تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره؛ ليفعله فى حياته.

بيان محترزات التعريف وشرحه:

قولهم: «تفويض» أى: جَعَلَ لغيره التصرف.

قولهم: «شخص» ؛ أى الموكِّل.

قولهم: «ماله فعله» أى: الموكَّل فيه.

قولهم: «مما يقبل النيابة» أى: شرعًا، والمراد بها: ما ليس بعبادة لا تقبل النيابة، فهناك من العبادات ما يقبل النيابة كالحج فى بعض الأحوال.

قولهم: «إلى غيره» أى: الوكيل.

قولهم: «ليفعله فى حياته» قيد خرج به الإيصاء، وقد عبر بعضهم عن هذا بقوله: «لا ليفعله بعد موته».

وقال البيجرمى: وهى أحسن؛ إذ هى صادقة بما إذا لم يقيد أصلًا كأن قال: وكلتك فى بيع كذا، وبما إذا قيد بحال الحياة؛ كأن قال: وكلتك فى كذا حال

---

(١) ينظر: اللسان (وكل)، المصباح المنير (٢/ ٦٧٠)، مختار الصحاح ص (٧٣٥)، ترتيب القاموس المحيط (وكل)، معجم مقاييس اللغة (٦/ ١٣٦)، الصحاح (٥/ ١٨٤٥)، (وكل)، المغرب (٢/ ٣٦٨)، المطلع ص (٢٥٨) .

حياتى[١].

ولا بد فى التفويض من صيغة العقد، وتترتب عليه آثاره.

ثانيًا: تعريف الحنفية:

الوكالة عند الأحناف هى: إقامة الغير مقام نفسه، ترفُّهًا، أو عجزًا فى تصرف جائز معلوم ممن يملكه.

بيان محترزات التعريف وشرحه:

قولهم: «إقامة» أى: إنابة، وهى جنس فى التعريف، والإقامة تتطلب مقيمًا وهو الموكل، ومقامًا وهو الوكيل، وإضافتها إلى الغير من إضافة المصدر إلى مفعوله.

قولهم: «ترفهًا أو عجزًا» لبيان الدافع إلى الوكالة؛ فقد يكون الدافع إليها ترفه الموكل عن القيام بالتصرف؛ لكونه فى منزلة تمنعه من مباشرته بنفسه كالسلطان، كما أن الدافع إلى التوكيل قد يكون عجز الموكل عن القيام بمباشرة التصرف؛ بسبب مانع كالمرض أو السفر.

قولهم: «فى تصرف»: أى العمل الموكل فيه وهو أعم من أن يكون قولًا أو فعلًا أو عملًا بالقول أو بالفعل.

قولهم: «جائز» قيد أخرج به التوكيل فى المعاصى؛ فلا يجوز كما لو أخرج التوكيل فيما لم يشرعه الله.

قولهم: «معلوم» إشارة إلى أحد شروط الموكل فيه.

قولهم: «ممن يملكه»، أى: يكون الموكل مالكًا للتصرف الموكل فيه حقيقة أو حكمًا[٢].

ثالثًا - تعريف المالكية:

الوكالة عند المالكية: هى: نيابة ذى حق غير ذى إمرة، ولا عبادة لغيره فيه، غير مشروطة بموته.

---

(١) ينظر: حاشية البيجرمى (٣/ ١١١)، حاشية الشرقاوى على التحرير (٢/ ١٠٥)، نهاية المحتاج (٥/ ١٥)، مغنى المحتاج (٢/ ٢١٧) .

(٢) ينظر فتح القدير (٧/ ٤٩٩)، كنز الدقائق (٧/ ١٤١)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٤٤٥)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٠٩) .

بيان محترزات التعريف وشرحه:

قولهم: «نيابة» فتخرج نيابة إمام الطاعة أميرًا، أو قاضيًا، أو صاحب صلاة ووصية.

قولهم: «ذى حق»، أى: الموكل.

قولهم: «غير ذى إمرة» أخرج به الولاية العامة والخاصة، كنيابة إمام أميرًا أو قاضيًا.

قولهم: «ولا عبادة» أخرج به إمام الصلاة.

قولهم: «لغيره» متعلّق بنيابة، والضمير عائد على المضاف إليه.

قولهم: «فيه» إشارة إلى الموكل فيه، وهو مستلزم للصيغة ليتم بها عقد الوكالة، ويستكمل أركانه؛ فتترتب عليه آثاره.

قولهم: «غير مشروطة بموته» أخرج به الوصى؛ لأنه لا يقال فيه عرفًا: وكيل؛ ولذا فرقوا بين فلان وكيلى ووصيى[1].

رابعًا - تعريف الحنابلة:

الوكالة عند الحنابلة هى: استنابة جائز التصرُّف مثلَهُ فى الحياة فيما تدخله النيابة.

بيان محترزات التعريف وشرحه:

قولهم: «جائز التصرف» إشارة إلى الموكِّل، واحترز به عمن لا يملك التصرف، كالمجنون، والصبى الذى لا يعقل، ونحوهما.

قولهم: «مثله» إشارة إلى الوكيل، وقد يكون الوكيل مثل الموكل، بأن يكون مالك التصرف ليخرج من لا يملك التصرف لنفسه؛ فلغيره أولى.

قولهم: «فى الحياة» قيد خرج به الإيصاء؛ لكونه بعد الممات.

قولهم: «فيما... إلخ» إشارة إلى الموكل فيه، وهو قيد احترز به عن التصرفات التى لا تقبل النيابة كالصلاة ونحوها[2].

قوله: «الاحتشاش»: الاحتشاش معناه فى اللغة طلب الحشيش وجمعه.

---

(١) ينظر: حاشية الخرشى (٦/ ٦٨)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى (٣/ ٣٧٧)، بلغة السالك (٢/ ٧١٧)، جواهر الإكليل (٢/ ١٢٥).

(٢) ينظر كشاف القناع (٣/ ٣٨٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٩٩).

والحشيش: يابس الكلأ. قال الأزهرى: لا يقال للرطب حشيش[١].

واصطلاحًا: قطع الحشيش، سواء أكان يابسًا أم رطبًا. وإطلاقه فى الرطب من قبيل المجاز، باعتبار ما يئول إليه[٢].

قوله «كالاغتنام» من الغنيمة، وستأتى.

قوله: و «والخصومة»، الخصومة لغة: المنازعة، والجدل، والغلبة بالحجة[٣].

والمعنى الاصطلاحى لا يخرج عن المعنى اللغوى.

قوله: «إن للخصومات قُحَمًا»[٤] وفسره بالمهالك[٥]، قال الجوهرى[٦]: قَحَمَ فى الأمر قحومًا: رمى بنفسه فيه من غير روية، والقُحْمَةُ - بالضم: المهلكة، وقُحَمُ الطريق: مصاعبه، وللخصومة قُحَمٌ: أى أنها تَقْحَمُ بصاحبها على ما لا يريده.

قوله: «وأخذ الجِزَى» بكسر الجيم: هو جمع جِزْيَةٍ، وهو: ما يؤخذ من أهل الذمة، وأصله: الفداء.

قال الله تعالى: ﴿ يَوْمًا لَّا تَجْزِى نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْئًا﴾ [البقرة: ٤٨]، وسيأتى بيان ذلك.

«وَاغْدُ يا أُنَيْس»[٧] امْضِ بالغداة.

قوله: «فَتَنَحَّى بِهِ» أى: مضى به إلى ناحية أخرى غير ناحية المُوَكِّل.

الأحكام: الوَكَالة: هو أَنْ يستنيبَ الإنسانُ غيرَهُ فى التصرُّف عنه؛ نحو التوكيل فى عقد البيعِ والشراء؛ لقوله تعالى فى قصَّة أهل الكهف: ﴿فَٱبْعَثُوٓا۟ أَحَدَكُم

---

(١) لسان العرب (حشش).
(٢) ابن عابدين (٢/ ٢١٦).
(٣) لسان العرب (خصم)، المفردات (خصم)، معجم متن اللغة (خصم)، المعجم الوسيط: (خصم) وتكملة فتح القدير (٦/ ٩٦)، العناية (٦/ ٩٦).
(٤) ينظر: النظم (٢/ ٦، ٧).
(٥) ينظر: غريب الحديث لأبى عبيد (٣/ ٤٥١)، الفائق (٣/ ١٦٤)، وابن الجوزى (٢/ ١٢١)، النهاية (٤/ ١٨، ١٩).
(٦) ينظر الصحاح (قحم).
(٧) أخرجه عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى مالك فى الموطأ (٢/ ٨٢٢) كتاب الحدود باب ما جاء فى الرجم (٦)، والبخارى (١٢/ ١٧٩) كتاب الحدود باب إذا رمى امرأته . . . (٦٨٤٢ - ٦٨٤٣) ومسلم (٣/ ١٣٢٤ - ١٣٢٥) كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنى (٢٥/ ١٦٩٧ - ١٦٩٨).

بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ [الكهف: ١٩] وهذا نصٌّ؛ فإنَّ الله تعالَى أخبَرَ عنهم أنَّهم وكّلوا مَنْ يشترى لهم بمالهم طعامًا، ولمَا رُوِىَ عَنْ عُروةَ بنِ الجَعْد البَارقى، قال: «أَعْطَانِى رَسُولُ الله ﷺ دِينَارًا أَشْتَرِى بِهِ شَاةً، أَوْ أُضْحِيَةً؛ فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ؛ فَبِعْتُ إِحْدَاهُما بِدِينَارٍ، وَأَتَيْتُ بِشَاةٍ وَدِينَارٍ؛ فَدَعَا لِى بِالْبَرَكَةِ» ؛ فَكَانَ لَوِ اشْتَرَى تُرَابًا، رَبِحَ فِيهِ».

ووكَّلَ النبى ﷺ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ فى شراء شَاةٍ[1].

ولأن الحاجة تدعو إلى الوَكَالَةِ فى البيع والشراء؛ لأنه قد يكونُ له مالٌ؛ فلا يحسنُ التجارة فيه، وقد يحسن، ولا يتفرَّغ لذلك؛ لكثرة أشغاله، أَوْ لا يمكنه القيامُ بجميعه، أو لا يمكنه لضعْفِ به؛ فجاز أن يوكِّل فيه غيره ليصلَ إلى ما يقومُ به أمره.

فصل: ويجوزُ التوكيلُ فى سائر عقود المعاملات، كعقد الصُّلْح؛ لأنَّه عقد إمَّا بيع، وإما غيره مِن العقود -وعَقْد الرهن وقبضه، وعقد الحَوَالة والضمان والكفالة، وعقْد الشركة، والوَكَالة، والوديعة، والإعارة، والمضاربة، والجعالة، والمُسَاقاة، والإجارة، والقَرْض، والهبة، والوصيَّة، والوَقْف، والصَّدَقة، وصَرْف الزكوات، وتفريق الكفارات؛ لأن الحاجة إلى التوكيلِ فيها كالحاجةِ إلى التوكيل فى البيع.

فصل: وفى التوكيل فى تملُّك المباحاتِ؛ كإحياء المَوَاتِ، واستقاء الماء، والاصطياد، والاحتطاب، والاحتشاش -قولان:

أحدهما: لا يصحُّ التوكيلُ فيها؛ لأنه تملُّك مباح؛ فلم يصحَّ التوكيل فيها؛ كالاغتنام.

والثانى: يصحُّ؛ لأنه تكسب مال بسبب لا يتعيَّن عليه؛ فجاز أن يوكّل فيه؛ كالابتياع والاتِّهاب، ويخالفُ الاغتنام؛ لأنه يستحق بالجهاد وقد تعيَّن عليه -أى: على الوكيل- بالحضور؛ فتعيَّن له ما يستحقُّ به، أى: بالحضور.

فصل: ويجوزُ التوكيلُ فى الذبح الجائزِ، وفى السَّبْق والرَّمْى؛ لأنَّه إما إجارةٌ أو جعالة، ولا يجوزُ التوكيلُ فى الغَصْب، فإن وكَّل فيه؛ كان الغاصبُ هو الوكيل دون

---

(١) أخرجه عبد الرزاق فى المصنف (١٤٨٣١) والترمذى (٢/ ٥٣٥-٥٣٦) أبواب البيوع، باب (٣٤) (١٢٥٧)، وأبو داود (٢/ ٢٧٦)، كتاب البيوع، باب المضارب يخالف (٣٣٨٦)، والبيهقى (٦/ ١١٢)، وقال الترمذى: حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبى ثابت لم يسمع عندى من حكيم بن حزام.

الموكّل؛ لأنه محرَّمٌ فعله؛ فلا تجوزُ النيابةُ فيه.

ولا يجوزُ التوكيلُ فى الالتقاط: فإنْ أمر غيره بالالتقاطِ؛ فالتقَطَ؛ كان الملتقط أحقَّ باللقطة من الآمر.

ولا يجوزُ التوكيلُ فى الجنايات؛ لأنه ظُلْمٌ، فإنْ جنى من وكله؛ كان الضمان على الجانى دون الموكّل؛ إذا كان الوكيلُ ممَّنْ يعلم أنَّ طاعة الموكّل فى ذلك لا تجوزُ.

ولا يجوزُ التوكيلُ فى الزِّنا، وشُرْب الخَمر، فإنْ فعله الوكيل؛ كان موجبه عليه دون الموكِّل.

فصل: ويجوزُ التوكيلُ فى عقد النكاحِ من الولى والخاطبِ، لما روى: أَن النبَّى ﷺ «وكَّلَ عَمْرَو بْنَ أُمَيَّةَ فى قَبُولِ نِكَاحِ أُمِّ حَبِيبَة»، وَاسْمُهَا رَمْلَةُ بِنْتُ أبِي سُفْيَانَ.

ويجوز التوكيلُ فى تسمية الصداقِ، والطلاقِ، والخَلْعِ، والعتاقِ، وفى التدبير والكتابة؛ لأنَّ الحاجة تدعو إلى التوكيلِ فيه؛ كما تدعو إلى التوكيلِ فى البيع والنكاحِ.

ولا يجوزُ التوكيلُ فى الاستيلاد؛ لأنه متعلِّق بالوَطء، والوَطْء يختصّ بالفاعل.

ولا يجوزُ التوكيلُ فى رفعِ الحدثِ، ولا فى الصلاة، إلا فى ركعتَى الطواف تبعًا للحجِّ.

ولا يجوز التوكيلُ فى الصومِ فى حقِّ الحى. وهل تصحُّ النيابة فيه فى حَقِّ الميت؟ فيه قولان.

ولا يجوز التوكيلُ فى الاعتكافِ، ويجوز فى الحجِّ عند عَجْز من وجَبَ عليه، وقد مضَى بيانه فى مواضعه.

فصل: ولا يجوزُ التوكيلُ فى الإيلاء والظهار، واللعان؛ لأنها أيمانٌ؛ فلا يجوز التوكيلُ فيها؛ كسائر الأيمان.

ولأنَّ الظهار قولٌ زورٌ وبهتانٌ؛ فلا يجوز الاستنابةُ فيه، وفى التوكيل فى الرجعة وجهان:

أحدهما: لا يجوزُ التوكيلُ فيها؛ كما لا يجوزُ فى الإيلاء، والظهار.

والثانى: أنه يجوزُ؛ وهو الصحيحُ؛ لأنه إصلاحٌ للنكاح؛ فإذا جاز التوكيل فى النكاح؛ جاز فى الرجعة.

ولا يجوز التوكيلُ فى العِدَّة؛ لأنها تجبُ لاستبراءِ الرحمِ، ولأنها عبادةٌ تخصُّها؛ فلا تدخلها النيابة؛ كالصلاة.

ولا يجوزُ التوكيلُ فى الرضاعِ؛ لأنه يتعلَّق بالمرضعة والمرتضع؛ لأنه لإنبات لحم الرضيع، وإنشاز عظمه بلبن المرضعةِ فلا تدخله النيابة.

فصل: ويجوز التوكيلُ فى إثباتِ الأموالِ بالبيِّناتِ، والخصومةِ فيها، وفى الديات؛ لِما رُوىَ: «أَنَّ عَلِيًّا -رضى الله عنه- وَكَّلَ أَخَاهُ عَقِيلَ بْنَ أَبِى طَالِبٍ، وَكَانَ أَسَنَّ مِنْ عَلِيٍّ بِعِشْرِينَ سَنَةً -عِنْدَ أَبِى بَكْرٍ و عُمَرَ، - رَضِى الله عنهما -»، وقال: «مَا قَضى لَهُ فَلِى، وَمَا قُضى عَلَيْهِ فَعَلَى».

ووكَّل عبد الله بنَ جَعْفَرِ بنِ أبى طالبٍ -رضى الله عنه- وكان جَعْفَرٌ أَسَنَّ من علىٍّ بعَشْر سنينَ؛ قاله ابن قتيبة فى «المعارف» وقال على: «إن للخُصُوماتِ قُحَمًا» بضم القاف وفتح الحاء بلا نقط. قال أبو زياد الكلابى: القُحَم: المهالك، أى: ما تقحم بصاحبها على ما لا يريدُهُ فتهلكه.

ولأنَّ الحاجة تدعو إلى التوكيلِ فى الخصوماتِ؛ لأنه قد يكونُ له حق، أو يُدَّعَى عليه حقّ، ولا يحسنُ الخصومةَ فيه، أو يكره أن يتولاها بنفسه؛ فجاز أن يوكّل فيها.

فصل: ويجوز له التوكيلُ فى الخُصُومةِ فيما يكونُ له وعَلْيه، وهو حاضرٌ من غير رضا الخصم.

وقال أبو حنيفة[1] : لا يلزمُ فى حقِّ الخصم، إلا برضاه، إلا أن يكون مريضًا. فإذا وكّل، لزم الخَصْم.

---

(١) قال فى البحر الرائق (٧/ ١٤٤): (قوله: وبالخصومة فى الحقوق برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مدة السفر أو مريدا للسفر أو مخدرة) أى وصح التوكيل بالخصومة بشرط رضا الخصم وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: يجوز بغير رضاه. ولا خلاف فى الجواز إنما الخلاف فى اللزوم، لهما أن التوكيل تصرف فى خالص حقه؛ فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضى الديون، وله أن الجواب مستحق على الخصم، ولهما: يستحضره والناس متفاوتون فى الخصومة؛ فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر، بخلاف المريض والمسافر؛ لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك ومريده كهو لتحقيق الضرورة، والمخدرة لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها، وهذا شيء استحسنه المتأخرون، كذا فى الهداية وظاهره أن المخدرة لا نص عليها فى المذهب؛ ولهذا قال فى فتح القدير: أما على ظاهر إطلاق الأصل وغيره عن أبى حنيفة =

. . . .

= فلا فرق بين البكر والثيب والمخدرة والمبرزة، والفتوى على ما اختاروه من ذلك . اهـ . والخصومة الجدل خاصمه مخاصمة وخصومة فخصمه يخصمه غلبه وهو شاذ لأن فاعلته ففعلته يرد يفعل منه إلى الضم إن لم تكن عينه حرف حلق فإنه بالفتح كفاخره ففخره وأما المعتل كوجدت وبعت فيرد إلى الكسر إلا ذوات الواو فإنها ترد إلى الضم كراضيته فرضوته أرضوه وخاوفنى أخوفه وليس فى كل شىء يقال نازعته لأنهم استغنوا عنه بغلبته واختصموا تخاصموا والخصم المخاصم والجمع الخصوم وقد يكون للجمع والاثنين والمؤنث والخصم المخاصم والجمع خصماء كذا فى القاموس هذا معناها لغة وأما شرعا فهو الجواب بنعم أو لا وفسرها فى الجوهرة بالدعوى الصحيحة أو بالجواب الصريح ولو وكله فى الخصومة له لا عليه فله إثبات ما للموكل فلو أراد المدعى عليه الدفع لم تسمع كذا فى منية المفتى . والحاصل: أنها تخصص بتخصيص الموكل وتعمم بتعميمه، والألف واللام فى الحقوق للجنس، فشمل بعضا معينا وجميعها وفى القنية لو رضى ثم مضى يوم فقال: لا أرضى له ذلك ا هـ. وذكره فى شرح المجمع معزيا إليها والتقييد باليوم اتفاقى وإنما المقصود أن له الرجوع عن الرضا ما لم يسمع القاضى الدعوى لما فى القنية . أيضا لو ادعى وكيل المدعى عند القاضى ثم أتى بشهود ليقيمها ولم يرض الخصم، أى المدعى عليه بالوكيل ويريد أن يخاصم مع الخصم، ليس له ذلك بعد سماع الدعوى على أصل أبى حنيفة .

وفى البزازية: ولو وكله بكل حق هو له وبخصومته فى كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز، وإذا وكله بقبض كل حق يحدث له والخصومة فيه جائز أمره فإنه يدخل فيه الدين الوديعة والعارية وكل حق ملكه الموكل، أما النفقة فمن الحقوق التى لا يملكها كذا فى الخزانة وفى الولوالجية وكله بالخصومة ولم يبين أى الخصومة لم تجز الوكالة لأنها تقع فى الأجناس المختلفة وأطلق فى الخصم فشمل الطالب والمطلوب كما شملهما الموكل والشريف والوضيع كما فى البزازية وأطلق المريض وهو مقيد بما إذا كان لا يقدر على المشى على قدميه إلى مجلس القاضى مدعيا كان أو مدعى عليه وإن قدر على الحضور على ظهر الدابة أو ظهر إنسان فإن زاد مرضه بذلك لزم توكيله فإن لم يزد قيل: على الخلاف والصحيح لزومه كذا فى البزازية، وفى الجوهرة أما المريض الذى لا يمنعه من الحضور فهو كالصحيح ا هـ .

وقيد بمدة السفر لأن ما دونها كالحاضر كذا فى الجوهرة وفى المحيط إن كان الموكل مريضا أو مسافرا فالتوكيل منهما لا يلزم بدون رضا الخصم بل يقال للمدعى إن شئت جواب خصمك فاصبر حتى يرتفع العذر وإن لم تصبر فسبيلك الرضا بالتوكيل فإذا رضى لزمه برضاه فى ظاهر الرواية ا هـ .

وهو خاص بتوكيل المدعى عليه كما لا يخفى وإرادة السفر أمر باطنى فلا بد من دليلها وهو إما تصديق الخصم بها أو القرينة الظاهرة ولا يقبل قوله إنى أريد السفر لكن القاضى ينظر فى حاله وفى عدته فإنها لا تخفى هيئة من يسافر كذا ذكره الشارح وفى البزازية وإن قال: أخرج بالقافلة الفلانية سألهم عنه كما فى فسخ الإجارة . ا هـ . وفى خزانة المفتين ولو قال: إنى أريد السفر يلزم منه التوكيل طالبا كان أو مطلوبا لكن يكفل المطلوب ليتمكن الطالب من استيفاء دينه وإن كذبه الخصم فى إرادته السفر يحلفه القاضى بالله أنك تريد السفر ا هـ . وأما المخدرة فيه فى اللغة كما فى القاموس من الخدر كالإخدار والتخدير =

واختلفوا فى المرأة المخدَّرة:

فقال أبو بكر الرازى: هى كالمريضةِ؛ لأنَّه يَشُقُّ عليها حضور مجلس الحكمِ.

وقال غيره: هى كالبَرْزَة.

دليلنا: هو أنه توكيل فى حق نفسِهِ؛ فلا يعتبر فيه رضا من عليه؛ كالتوكيل فى قبض الديون، وإذا جاز التوكيلُ فيه، لم يفتقرْ لزومه إلى رضا الخَصْم؛ كالتوكيل فى استيفاءِ الديون، ولأنه لا يعتبر فى لُزُومه رضا الخَصْم فى حال الغَيْبة؛ فلم يعتبر فى حال الحضورِ؛ كتوكيلِ المريضِ والمخَدَّرة.

قالوا: الجوابُ حقٌّ عليه، وبين الناس فيه تفاوتٌ؛ ولهذا قال ﷺ: و«لَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ؟!»[1]، وربمَّا وكَّل عليه من يظلمه، فلم يَجُزْ من

= بفتح الخاء إلزام البنت الخدر بكسر الخاء وهو ستر يمد للجارية فى ناحية البيت وهى مخدورة ومخدرة ا هـ . وفى الشرع هى التى لم تجر عادتها بالبروز ومخالطة الرجال. قال الحلوانى: والتى تخرج فى حوائجها برزة وقال البزدوى: من لا يراها غير المحارم مخدرة إذا لم تخالط الرجال على ما ذكره فى الفتاوى وكلام الحلوانى على هذا محمول على المخالطة بالرجال ولو اختلفا فى كونها مخدرة فإن كانت من بنات الأشراف فالقول لها بكرا أو ثيبا لأنه الظاهر من حالها وفى الأوساط قولها لو بكرا وفى الأسافل يقبل قولهما فى الوجهين والخروج للحاجة لا يقدح فيه ما لم يكثر بأن تخرج لغير حاجة كذا فى البزازية وأشار المؤلف بقبول توكيل المخدرة إلى أن الطالب ليس له مخاصمة زوجها ولكن لا يمنعه الزوج من الخصومة مع وكيل امرأته أو معها كذا فى خزانة المفتين، وفيها: امرأة وكلت وكيلا بالخصومة فوجب عليها اليمين وهى لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال فى الحوائج يبعث إليها الحاكم ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على حلفها أو نكولها اهـ .

وقال فى الإنصاف (٥/ ٣٥) «تجوز الوكالة فى كل ما يقبل النيابة من غير اعتبار برضا المتوكل عليه وحضوره» يعنى الوكالة جائزة فى كل ما يقبل النيابة من الحقوق المالية وغيرها كالعقد والفسخ . والدليل على جوازها فعل النبى ﷺ، وثبت أنه وكل حكيم بن حزام بشراء أضحية، ووكل أبا رافع فى تزوج ميمونة، ووكل عمرو بن أمية الضمرى فى تزوج أم حبيبة.

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٣٢٠)، وأبو داود (٢/ ٣٢٥) كتاب الأقضية باب فى قضاء القاضى إذا أخطأ (٣٥٨٤)، (٣٥٨٥) من طرق عن أسامة بن زيد عن عبد الله بن رافع عن أم سلمة رضى الله عنها قالت:

جاء رجلان من الأنصار، يختصمان إلى رسول الله ﷺ فى مورايث بينهما قد درست ليس بينهما بينة فقال رسول الله ﷺ: «إنكم تختصمون إلى وإنما أن بشر ولعل بعضكم ألحن بحجته أو قال: لحجته من بعض فإنى أقضى بينكم على نحو ما أسمع . . .» فذكرته والسياق لأحمد .

وأخرجه البخارى (٥/ ٣٩٨) كتاب المظالم باب إثم من خاصم فى باطل وهو يعلمه =

غير رضا الخَصْم؛ كالحوَالة.

قلنا: لو كان هذا صحيحًا، لَوجب ألّا يجوز مع العذر -أيضًا- كالحوالة، ولأنَّ الخصم يمكنه أن يدفع ظُلْمَ الوكيل بتوكيلٍ مثْله، ويخالف الحوالةَ؛ فإنه ربمَّا لم يكنِ المحال عليه كالمُحِيل في إيفاء الدَّيْن، وههنا: الوكيلُ كالموكِّل في الدعوى.

والجوابُ:

قالوا: الموكّل أقربُ إلى فصل الخصومةِ منَ الوكَيل؛ لأنه يقر ويحلف، وإذا أمكن الفصل بأقربِ الوجهين؛ لم يعدلْ إلى أبعدهما من غير عذر؛ كما نقول في الشهادة على الشهادة.

قلنا يبطل به إذا رضى الخصم، ثم الشهادة على الشهادة بدلٌ؛ فلا يجوز مع القدرة على الأصل، والوكيل ليس ببدلٍ؛ ولهذا: لو رضى الخصم، جاز؛ فصار كشهادة الرجل والمرأتَيْن؛ مكان الرجلين.

قالوا: فى هذا تركُ التسوية بين الخصمَيْن؛ فإنَّ أحدهما مُرَفَّهٌ فى البيت، والآخر مبتذل فى مجلس الحكمِ.

قلنا: للآخر -أيضا- أن يوكل؛ فلا يبتذل.

= (٢٤٥٨)، وفى (٥/ ٦٢٤) كتاب الشهادات باب من أقام البينة بعد اليمين (٢٦٨٠)، وفى (١٥/ ٦٠) كتاب الأحكام باب موعظة للخصوم (٧١٦٩)، وفى (١٥/ ٧٨) كتاب الأحكام باب من قضى له بحق أخيه فلا يأخذه (٧١٨١)، ومسلم (٣/ ١٣٣٧) كتاب الأقضية باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (٤/ ١٧١٣)، ومالك (٢/ ٥٥٣) كتاب الأقضية باب الترغيب في القضاء بالحق (١)، وأبو داود (٢/ ٣٢٥) كتاب الأقضية، باب فى قضاء القاضى إذا أخطأ (٣٥٨٣)، والترمذى (٣/ ١٧) أبواب الأحكام باب ما جاء فى التشديد على من يقضى له بشيء . . . (١٣٣٩) والنسائى (٨/ ٢٣٣) كتاب آداب القضاة باب الحكم بالظاهر، وفى (٨/ ٢٤٧) باب ما يقطع القضاء، ابن ماجه (٤/ ١١) كتاب الأحكام باب قضية الحاكم لا تحل حراما ولا تحرم حلالا (٢٣١٧)، وأبو يعلى (٦٨٨٠)، وابن الجارود (٩٩٩)، والطحاوى فى شرح المعانى (٤/ ١٥٤)، ابن حبان (٥٠٧٠) والطبرانى فى الكبير ٢٣/ (٨٠٣)، (٩٠٢)، (٩٠٣)، والدارقطنى فى سننه (٤/ ٢٣٩) والبيهقى فى السنن الكبرى (١٠/ ١٤٣، و١٤٩، ١٥٠) من طرق عن عروة بن الزبير عن زينب بنت أبى سلمة عن أمها أم سلمة . . . فذكرته.

وفى الباب عن أبى هريرة:

أخرجه أحمد (٢/ ٣٣٢) وابن ماجه (٤/ ١٢) كتاب الأحكام باب قضية الحاكم لا تحل حراما . . . (٢٣١٨)، وأبو يعلى (٥٩٢٠) و (٥٩٤١) وابن حبان (٥٠٧١) من طريق أبى سلمة بن عبد الرحمن عنه .

فصل: وإن وكّل رجلًا فى قبض ما اشتراه ممّا يجرى فيه الربا، أو فى قبض رأس المال فى السلم، جاز، فإن قبضه الوكيلُ قبل أن يفارق الموكّل بائعه، تم العقد بينهما، ويقوم قبض الوكيل مَقَام قبضه.

وإن قبضه بعد أن فارق الموكّل بائعه، بطل العقد بينهما؛ لأنَّ التوكيلَ فى القبضِ ليس بقبض.

فصل: ويجوزُ التوكيلُ فى إثبات القصاصِ وحد القذف.

قال فى «الشامل»: وكذلك عندى؛ زنا المقذوف.

وقال أبو يوسف(١) : لا يصحُّ التوكيل فيه.

---

(١) قال فى المبسوط (١٩/ ٩): قال والوكالة فى كل خصومة جائزة، ما خلا الحدود والقصاص أو سلعة ترد من عيب، والمراد: التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص؛ فإن التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكل، والحدود تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير فى ذلك من ضرب وشبهه؛ ألا ترى أنها لا تستوفى فى كتاب القاضى إلى القاضى، والشهادة على شهادة النساء مع الرجال؟! فكذلك التوكيل باستيفاء القصاص لا يجوز . ولا يستوفى فى حال غيبة الموكل عندنا وعند الشافعى - رحمه الله تعالى - يستوفيه الوكيل؛ لأنه محض حق العباد، ومبنى حقوق العباد على الحفظ والصيانة عليهم، فكان لصاحب القصاص أن لا يحضر بنفسه ويوكل باستيفائه دفعا للضرر عن نفسه كسائر حقوقه، ولكنا نقول هذه عقوبة تندرئ بالشبهات، فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير كالحدود، ولهذا لا تستوفى فى كتاب القاضى إلى القاضى، ولا بشهادة النساء مع الرجال، وتوضيحه أنه لو استوفى فى حال غيبة الموكل كان استيفاء مع تمكن شهادة العفو لجواز أن يكون الموكل عفا بنفسه، والوكيل لا يشعر به، ولهذا إذا كان الموكل حاضرا يجوز للوكيل أن يستوفى؛ لأنه لا تتمكن فيه شبهة العفو، وقد يحتاج الموكل إلى ذلك، إما لعلة هدايته فى الاستيفاء، أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك، فيجوز التوكيل فى الاستيفاء عند حضرته استحسانا .

وقال فى منح الجليل (٦/ ٣٥٥): صحة الوكالة فى قابل النيابة من فسخ وقبض حق وعقوبة وحوالة وإبراء، وإن جهله الثلاثة، وحج . . .

قوله (من عقد) بفتح العين وسكون القاف كنكاح وبيع وشراء وإجارة وجعالة وقرض ومساقاة وشركة وصدقة وهبة ونحوها (وفسخ) لعقد يجوز فسخه أو يتحتم (وقبض حق) للموكل وقضاء حق عليه (وعقوبة) بضم العين كحد وقصاص وتأديب (وحوالة) لغريم الموكل على مدينه (وإبراء) لمن عليه حق الموكل إن كان معلوما، (وإن جهله) أى الحق المبرأ منه (الثلاثة) أى الموكل ووكيله ومن عليه الحق .

وقال فى الإنصاف (٥/ ٣٥٩): قوله: وتصح الوكالة فى (الحدود فى إثباتها واستيفائها) هذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وجزم به فى الوجيز، والنظم . واختاره القاضى فى المجرد، وابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المغنى والشرح وشرح ابن رزين، ونصروه . =

دليلنا: هو أنه حقٌّ لآدمى؛ فجاز التوكيل فى إثباته؛ كسائر الحقوق.

واحتجُّوا: بأنه تثبيت الحد بما قام مقامَ الغير، والحدُّ لا يثبتُ بذلك، كما لا يثبتُ بالشهادة على الشهادة، ولا بكتاب القاضى إلى القاضِى، ولا برجُلٍ وامرأتَيْن.

وقيل: لا نسلّم ذلك فى الشهادة على الشهادة، ولا فى كتاب القاضى إلى القاضى، وعلى أن الحَدَّ لا يثبتُ بالتوكيل، وإنما يثبت بالنية؛ فلم يصح ما قالوه.

فصل: ولا يجوز التوكيل فى إثباتِ حدود الله تعالى؛ لأنَّ الحقَّ لله تعالى، وقد أمرنا فيه بالدَّرْء إلى الدفعِ والتوصّل إلى إسقاطه؛ على ما يأتى بيانه فى موضعه - إن شاء الله.

ولهذا لا تسمعُ الدعوى فيها، والتوكيل توصل إلى إيجابه؛ فلم يجزْ.

ويجوزُ التوكيلُ فى استيفاء الأموالِ، كالمبيعات، والأثمان، وغرامة المتلفِ، وبَدَل القرض، والأُجْرة، والزكاَة، والحرّية، والصَّدَاق، والمُتْعة، وغير ذلك؛ لأنَّ النبى ﷺ بَعَثَ العُمَّال لِقَبْضِ الصَّدَقاتِ، وَأَخْذِ الجِزْيَةِ.

ويجوز للإمامِ التوكيلُ فى استيفاء حدود الله تعالى؛ كحد الزنا، والشرب؛ لأن النبى ﷺ بَعَثَ أُنَيْسًا بضم الألف، وفتح النون - الأَسْلَمِىَّ لإِقَامَةِ الحُدُودِ؛ فَقَالَ: «يَاَ أُنَيْسُ، اغْدُ عَلَى امْرَأَةِ هَذا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»، فغَداَ عَلَيْهَا أُنَيْسٌ، فَاعْتَرَفَتْ فَرَجَمَهَا. ووكّل عثمانُ عليًّا -رضى الله عنهما - ليقيمَ حَدَّ الشُّرْبِ على الوليدِ بن عُقْبَةَ.

فصل: وأمَّا القصاص، وحدُّ القذف: فإنه يجوزُ التوكيل فى استيفائِهِ بحضرة الموكّل؛ لأنَّ الحاجة تدعو إلى التوكيلِ فيه؛ لأنه قد يكونُ له حَدٌّ أو قصاصٌ، ولا يحسن أن يستوفيه؛ فجازَ له أن يوكل فيه غيره.

فصل: وهلْ يجوزُ له أن يستوفيه فى غَيْبة الموكِّل؟:

قال الشافعى «فى الوكالة»: لا يستوفى، وقال فى «كتاب الجنايات»: ولو وكّله فى استيفاءِ قصاص، فتنحّى به الوكيلُ، فعفا الموكِّل، فقتله الوكيلُ بعد العفو وقَبْل

= وقدمه ابن منجى فى شرحه . وقال أبو الخطاب: لا تصح الوكالة فى إثباته، وتصح فى استيفائه . جزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة . وقدمه فى المستوعب . قال ابن رزين فى شرحه: وليس بشىء . وأطلقهما فى الرعايتين، والحاويين، والفائق .

العِلْم بالعَفْو: ففى الضمان قولان، وهذا يَدُلُّ على أنَّه يجوز أن يقتص مع غَيْبة الموكِّل:

فمن أصحابنا من قال: يجوز قولًا واحدًا؛ وهو قولُ أبى إسحاق المروزىّ؛ لأنه حقٌّ يجوز فيه التوكيلُ بحضرة الموكّل؛ فجاز فى غيبته؛ كأخذ المال، وحمل قول الشافعى: «لا يستوفى» على الاستحباب؛ لأنه إذا كان بحضرته ربمًا عفا عنه.

ومنهم من قال: لا يجوز قولًا واحدًا؛ لأن القصاصَ والحدَّ يحتاط فى إسقاطهما، والعفوُ مندوبٌ إليه فيهما، فإذا حضر، رجَوْنا أن يرحمه؛ فيعفو عنه، وحمل قوله فى «الجنايات» على أنه أراد إذا تنحَّى به، ولم يَغِبْ عن عينه، فعفا الموكِّل، ولم يسمعِ الوكيلُ منه العفْو؛ فقتله.

ومنهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: يجوزُ؛ وبه قال مالكٌ.

والثانى: لا يجوز؛ وبه قال أبو حنيفة.

والصحيحُ هو الأوّل؛ لما ذكرناه من أنه حقٌّ يجوز للوكيل استيفاؤُهُ بحضرة الموكّل؛ فجاز له استيفاؤُهُ فى غيبته كسائر الحقوق، ولا يلزم عوضٌ على الضرب؛ لأنَّ بالغيبة يبطل الحقّ.

قالوا: إذا وقع، لم يمكن استدراكه، وربمًا عفا الموكل، وهو لا يعلم؛ فيستوفى قصاصًا قد سقَطَ، قلنا: لو صَحَّ هذا، لَوَجَبَ ألا يستوفى الوارث القصاصَ؛ لجواز أن يكون قد عفا الموروث، ولوجب ألا يستوفى الحاكم فى غيبة الشهود؛ لجواز أن يكونَ الشهودُ قَدْ رَجَعوا عن الشهادةِ، وألا يجوز للنائب عن الإمام أن يكون قد تغير اجتهاده، وألَّا يجوز لعمال النبى ﷺ أن يستَوْفوا الحقَّ؛ لجواز أن يكون قد نُسِخَ الحقُّ، ولوجب ألَّا يجوز للولى الحاضر تزويجُ المنكوحة؛ لجواز أن يكون قد زوَّجها الولى الغائب.

ويجوزُ للإمامِ إذا ثبَتَ عنده حَدٌّ لله تعالى: أن يوكّل فى استيفائه؛ لما مضَى.

ويجوزُ للوَكيلِ استيفاؤُهُ بحضرة الإمامِ وغيبته قولًا واحدًا؛ لأنَّه لا يجوز له العفو عنه؛ فلا يحتاجُ إلى حضوره؛ بخلاف الولى فى المسألة قبلها.

فصل: ويجوزُ التوكيلُ فى فسخِ العقودِ؛ لأنه إذا جازَ التوكيلُ فى عقدها؛ ففى

فسخها أولى، ويجوز أن يوكِّل فى الإبراء من الديون؛ لأنه إذا جاز التوكيلُ فى إثباتها واستيفائها؛ جاز فى الإبراء عنها.

فصل: وفى التوكيلِ فى الإقرارِ وجهان:

أحدهما: يجوزُ، وهو ظاهر النصِّ؛ لأن المزنى نقَلَ عن الشافعى أنه قال: «إذا أقرَّ على موكِّله، لم يَلْزَمْهُ إقراره؛ لأنه لم يوكِّلْهُ بالإقرار» ؛ وهذا يَدُلُّ على أنه إذا وكله فى الإقرار، يصح.

وقال فى «اختلاف العراقيين»: «لأنه لم يقلْ له»: «أقرّ عنى» ؛ ووجهه هو: أنه إثباتُ مالٍ فى الذمة بالقولِ؛ فجاز التوكيل فيه، كالبيع. وفيه احترازٌ من الغصب والإتلاف؛ لأن ذلك إثبات مال فى الذمَّة بالفعل.

والثانى: لا يجوز؛ وهو قول أبى العباس بن سريج؛ لأنه توكيلٌ فى الإخبار عن حقٍّ؛ فلم يجزْ؛ كالتوكيل فى الشهادة بالحقِّ.

قلتُ: بأن يقول: وكلتُكَ أن تشهد عنِّى بكذا. وكلامُ الشافعى لا يدلُّ على ذلكَ، إلا من جهة دليلِ الخطاب؛ ودليلُ الخطاب[1] فى غير كلام الله تعالى وكلامِ رسولِهِ ﷺ لا حُجَّةَ فيه.

فإن قلنا: يجوزُ التوكيلُ فيه -نظَرْتَ:

فإن وكَّله فى الإقرار بقَدْرٍ معلومٍ، فأقرَّ به الوكيلُ؛ لزمَ الموكِّل إقراره.

وإن وكَّله بأن يقرَّ عنه بحقٍّ مبهمٍ؛ بأن قال له: «أقِرَّ عنى بشىء» ولم يبيِّنه، فأقَرَّ عنه به؛ لَزِمَ الموكِّلَ ذلك، ورجع فى بيانه إلى الموكِّل؛ لأنَّ الإقرار بالمجهول

---

(١) دليل الخطاب هو: ما يكون مدلول اللفظ فى محل السكوت مخالفًا لمدلوله فى محل النطق، على معنى أن يكون الحكم الثابت فى محل السكوت مناقضا للحكم الثابت فى محل النطق . وبعبارة أخرى هو: دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه، مثل دلالة قوله - عليه الصلاة والسلام -: «فى سائمة الغنم زكاة» على عدم وجوب الزكاة فى معلوفة الغنم .

ويسمى أيضا: مفهوم المخالفة؛ لأن حكم المنطوق مخالف لحكم المسكوت، وأما تسميته بدليل الخطاب؛ فلحصول الدلالة عليه بنوع من الاستدلال ببعض الاعتبارات، كالوصفية، والشرطية، ويسميه الأحناف بتخصيص الشىء بالذكر .

ينظر: البحر المحيط (٤/ ١٣)، والبرهان (١/ ٤٤٩)، والآيات البينات (٢/ ٢٣)، وحاشية العطار على جمع الجوامع (١/ ٣٢٦)، وتيسير التحرير (١/ ٩٨) .

يصحُّ.

وإن قال: «أَقِرَّ عنى» ولم يذكُرْ ما يقر به، لا معلومًا ولا مجهولًا، فأقرَّ كذلك لم يصحَّ، ولم يلزمه به شىء؛ كما لو أقرَّ الموكل على هذا الوجه بأنْ قال: «أقِرّ لك» ولم يزد عليه.

وإن قلنا لا يجوزُ التوكيلُ، فقال له: أَقِرَّ عنى بألف، أو قال: أَقِرَّ عنى بحقٍّ، فهل يكون توكيله إقرارًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه إقرارٌ؛ لأنه لم يوكِّله فى الإقرار بالحقِّ، إلا وهو واجبٌ عليه؛ لأن قوله: «أقر عنى بكذا» يتضمَّن وجوبه عليه.

والثانى: لا يكونُ إقرارًا؛ كما لا يكون التوكيلُ فى الصُّلْح، والإبراء؛ صلحًا، وإبراءً.

فإنْ أقرَّ على الموكل بشىء، فجحد الموكل أن يكونَ وكله، لم يلزمه، وهل يجوزُ له أن يشهد عليه بذلك؟ قال فى «الإيضاح»: فيه وجهان؛ قال: والصحيح أنْ يقال: إن كان الموكل أقر عنده الحَقَّ، ثم وكَّله بالإقرار عنه، جاز أن يشهد عليه بَعْدَ خروجه من الوَكَالة وإن كان إنمَّا قال: أَقِرَّ عنى لفلانٍ بكذا؛ لم يَجُزْ أنْ يشهد عليه بذلك.

فصل: فأمَّا إذا وكَّله فى الإقرارِ والصُّلح عنه، فأقرَّ وصالح، فإنه يصح؛ لأنه وكله فى عقد يعقده، والإقرار من متضمّنه؛ فلا يؤدى إلى أن يلزمه خبر غيره، لا على وجه الشهادة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يصح التوكيل إلا ممن يملك التصرف فى الذى يوكل فيه بملك، أو ولاية.

فأما من لا يملك التصرف فى الذى يوكل فيه: كالصبى، والمجنون، والمحجور عليه فى المال، والمرأة فى النكاح، والفاسق فى تزويج ابنته، فلا يملك التوكيل فيه؛ لأنه لا يملكه فلا يملك أن يملك ذلك غيره.

وأما من لا يملك التصرف إلا بالإذن: كالوكيل والعبد المأذون؛ فإنه لا يملك التوكيل إلا بالإذن؛ لأنه يملك التصرف بالإذن فكان توكيله بالإذن.

واختلف أصحابنا فى غير الأب، والجد من العصبات: هل يملك التوكيل فى التزويج من غير إذن المرأة؟

فمنهم من قال: يملك؛ لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع، فملك التوكيل من غير إذن؛ كالأب والجد.

ومنهم من قال: لا يملك؛ لأنه لا يملك التزويج إلا بإذن، فلا يملك التوكيل إلا بإذن كالوكيل والعبد المأذون.

(الشرح) الأحكام: لا يصح التوكيلُ إلا ممن يملك التصرُّف فى الأمر الذى يوكل فيه بملك أو ولاية؛ كالرجل البالغ العاقل الذى لا حجر عليه إذا وكّل فى البيع، والشرى، والإجارة، والوقف، والعتق، والوصيّة، والتزويج، والطلاق، والخلع، وسائرِ ما يجوزُ له التصرُّف فيه بنفسه مما يختصُّ به، أو فيما يختصُّ بمن له عليه نظر؛ كالأب والجد إذا وكل فى البيع والشرى لولده أو فى تزويجه؛ فإنه يصحُّ منه جميع ذلك. ويصح التوكيل من المحجور عليه؛ لفلس فى الطلاق، والخلع، وطلب القصاص، وقَبُول الهبة، والوقف، والوصية، وفى التصرف فى الذمّة بالشرى، والتزويج، وفى تزويج مَنْ يملكُ العقد عليه؛ لأنه يملكُ التصرُّف فى ذلك بنفسه؛ فملك التوكيل فيه. ويصحُّ التوكيل من المحجور عليه؛ لسفه فى: الطلاق، والخلع، وطلب القصاص، وقبول الهبة، والوقف، والوصيّة، ويصحُّ التوكيل من العبد بغيرِ إذن سيِّده فى الطلاق، والخلع. ويصحُّ التوكيلُ من المكاتب فى البيع، والشراء، وسائر ما يجوز له التصرُّف فيه من غير إذن السيِّد؛ لما مضى.

وفى توكيل المرتدِّ فى التصرف فى ماله الأقوالُ الثلاثة فى زوال ملكه:

فإن قلنا: يزول ملكه، أو قلنا: لا يزول، ولكن لا يصحُّ تصرفه. لم يجزْ توكيلُهُ فيه.

وإن قلنا: إنَّ ملكه باقٍ، وتصرّفه نافذ -صحَّ توكيله فيه.

وإن قلنا: إنه موقوف، كانت الوكالة موقوفة.

ويصح توكيل المرأة التى لا حَجْرَ عليها فى البيع، والشراء والإجارة، والوقف، والهبة، والصدقة، ولا يَصِحُّ توكيلها فى النكاح.

فصل: ولا يصحُّ أن يوكِّل المسلم ذميًّا فى شراء خمر، أو خنزير؛ وإذا اشتراه الذمى لم يصحَّ الشراء.

وقال أبو حنيفة[(١)] : يصحُّ التوكيل والشراء، ويدخل فى ملك الذمى، ثم ينتقل إلى المسلم بضمان الثمن.

دليلنا: هو أنه عقدٌ لا يجوزُ للمسلم أَنْ يتولَّاهُ بنفسه؛ فلا يملك أن يوكّل فيه الذمى؛ كالميتةِ، ونكاحِ المجوسية.

قالوا: وكّله فى عقد هو مِنْ أهله، فأشبه الغائب إذا وكَّل حاضرًا فى التصرُّف، والأعمى إذا وكل بصيرًا فى الشراء.

---

(١) قال فى المبسوط (١٢/٢١٦): قال (وإن وكل المسلم الذمى بأن يشترى له خمرا أو يسلم له فيها، ففعل ذلك مع ذمى - جاز على الآمر فى قول أبى حنيفة، وفى قول أبى يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - هو مشتر لنفسه) ؛ لأن المسلم لا يملك هذا العقد لنفسه بنفسه فلا يصح توكيل غيره به، كما لو وكل المسلم مجوسيا بأن يزوجه مجوسية؛ وهذا لأنه لو نفذ عقده على الآمر ملك المسلم الخمر بالعقد، ولا يجوز أن يملك المسلم الخمر بعقد التجارة . وهذا منهما نوع استحسان؛ فكأنهما يقولان فى البيع والشراء طرفان طرف العقد وطرف الملك؛ فكما أن الكافر إذا وكل به المسلم لا يجوز لاعتبار طرف العقد فكذلك المسلم إذا وكل الكافر به لا يجوز لاعتبار طرف الملك؛ بل أولى لأن العقد سبب الملك والثابت به الملك فى المحل وهو المقصود؛ فإذا وجبت مراعاة جانب العقد فلأن تجب مراعاة جانب الملك أولى، وأبو حنيفة يقول: الذى ولى الصفقة هو الوكيل والخمر مال متقوم فى حقه يملك أن يشتريها لنفسه فيملك أن يشتريها لغيره؛ وهذا لأن الممتنع ههنا بسبب الإسلام هو العقد على الخمر فالمسلم من أهل أن يملك الخمر؛ ألا ترى أنه إذا تخمر عصير المسلم يبقى مملوكا له وإذا مات قريبه عن خمر يملكها بالإرث فهنا إن اعتبرنا جانب العقد فالعاقد من أهله وهو فى حقوق العقد كالعاقد لنفسه، وإن اعتبرنا جانب الملك فللمسلم من أهل ملك الخمر فيصح التوكيل؛ ألا ترى أن فى جانب العقد إفساد التوكيل إذا كان الوكيل مسلما يعتبر جانب العقد دون الملك؟! فكذلك فى جانب تصح الوكالة وبه فارق النكاح فالوكيل فى باب النكاح سفير ومعبر فكان العاقد هو الموكل، وقوله بأن الموكل يملك الخمر بالعقد، فليس كذلك؛ بل العقد يوجب الملك للعاقد ثم الموكل يخلفه فى ذلك على ما قررنا والمسلم من أهل أن يملك الخمر بهذا الطريق، كما إذا أذن لعبده الكافر فى التجارة فاشترى العبد خمرا؛ فإن المولى يملكها على سبيل الخلافة عنه، وكذلك المكاتب إذا كان كافرا واشترى خمرا ثم عجز فمولاه المسلم يملكها بطريق الخلافة عنه وفرقهما أن العبد والمكاتب يتصرفان لأنفسهما ولهذا لا يرجعان على المولى بعهدة تصرفهما فلهذا اعتبرنا حالهما، فأما الوكيل فيتصرف للموكل حتى يرجع عليه بما يلحقه من العهدة، ويكون الموكل فى قرار العهدة عليه كأنه باشر التصرف بنفسه؛ فكذلك فى عقد الوكيل له على الخمر، فإذا تعذر تنفيذ العقد على الآمر نفذ العقد على الوكيل .

وقال فى كشاف القناع (٣/ ٤٧٢): (ولو وكل مسلم ذميا) أو معاهدا أو حربيا (فى شراء خمر أو خنزير) أو نحوهما (لم يصح التوكيل) ؛ لأن شراء المسلم لذلك لا يصح فتوكيله فيه كذلك، (ولا) يصح (الشراء) .

قلنا: وإن كان الوكيلُ من أَهْل العقد، إلا أن الموكّل ليس من أهل الملكِ له، والاعتبار بمَنْ يقعُ له الملك.

ويخالف ما قَاسُوا عليه؛ فإنَّ الحضور والبصر مِنْ شروط العَقْد؛ فاعتبر بالعاقد؛ كالشهادة فى النكاح. وهذا مِنْ أحكام الملكِ، فاعتبر من يقع له الملك؛ كنكاحِ المجوسيَّة.

فإن قيل: المعنى فى النكاح: أنَّ حقوق العقد تتعلّق بالمعقود له، ولا يجوز للمسلم أن يعقد النكاح على المجوسية؛ فلم يجز أن يوكّل فيه، وحقوق عقد الشرى تتعلّق بالعاقد، والعاقد هو ممن يملك الخنزير بالشراء؛ فصحَّ العقد، وإذا صحَّ عقد التوكيل، انتقل إلى الموكل:

قلنا: لا نسلم؛ بل حقوق العقد فيهما جميعًا تتعلّق بالمعقود له؛ فلا يصح ما قالوه، ولأن الذمى ليس ممن يصح شراه للخمر، والخنزير عندنا؛ بل العقد فيهما باطل فى حقِّه؛ كما هو باطلٌ فى حقِّ المسلم، وإنما لا يمنع الذمى من التصرُّف فيهما، وهذا لا يدلُّ على أنه حق وصواب؛ كما أن الذى يعتقد تكذيبَ دين الإسلام ومخالفة الشريعة لا يعترض عليه فيما يعتقده وفيما يفعله مِنْ مخالفة الشرع، ولا يجبُ أن يكون ذلك حقًا وصوابًا فسقط ما قالوه.

واحتجُّوا: بأنه يجوز تصرُّف أهل الذمَّة فى الخمر والخنزير بالبيع والشرى؛ فأشبه سائر الأموال.

قلنا: لا نسلِّم أنه مال يجوز تصرف أهل الذمة فيه بالبيع والشراء؛ بل هو عندنا محرَّم، وغير مملوك، ولا يجوزُ تصرُّف أحد فيهما، ومَنْ تصرَّف فيهما، كان تصرفه باطلًا.

ولا فرق بين المسلم والذمى فيه، وحكم التوراة والإنجيل فيهما وفى سائر ما نَزلَ القرآنُ بخلافه منسوخٌ بالقرآن؛ فلم يصحَّ ما أصلوه.

ثم المعنى فى الأصل: أنه يجوز للمسلم أن يتولَّى شراءه بنفسه؛ فجاز له توكيل الذمى فى شرائه، ولا يجوزُ له ذلك فى الخمر والخنزير؛ فلم يَجُزْ له التوكيلُ فيه؛ كما نقول فى شرى الدم، والميتة، ونكاح المجوسية، وما أشبه ذلك.

فصل: فأمَّا من لا يملكُ التصرُّف فى الأمر الذى يوكّل فيه؛ كالصبى، والمجنون، والمحجور عليه فى المال، والمرأة فى النكاح، والفاسقِ فى تزويج ابنتِهِ فلا يملكُ

التوكيلَ فيه؛ لأنه لا يملكه؛ فلا يملك أن يُمَلِّك ذلك غيره.

فصل: وأمَّا من لا يملك التصرُّف إلا بالإذن؛ كالوكيلِ، والعبد المأذونِ له فى التجارة وغيرهما؛ فإنه لا يملك التوكيلَ إلا بالإذنِ من الموكّل أو السيّد؛ لأنه يملك التصرُّف بالإذنِ؛ فكان توكيله - أيضا - بالإذن.

فصل: واختلف أصحابنا فى غير الأب والجد من العصبات: هل يملك التوكيل فى التزويج من غير إذنِ المرأةِ فى التوكيل؟:

فمنهم مَنْ قال: يملكُ ذلك؛ لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع؛ فملك التوكيل فيه من غير إذن؛ كالأب والجد.

ومنهم من قال: لا يملك التوكيل فيه؛ لأنه لا يملك التزويج إلا بالإذن، فلا يملك التوكيل فيه إلا بإذن كالوكيل والعبد المأذونِ له فى التصرُّف.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ومن لا يملك التصرف فى حق نفسه لنقص فيه: كالمرأة فى النكاح، والصبى والمجنون فى جميع العقود، لم يملك أن يتوكل لغيره؛ لأنه إذا لم يملك ذلك فى حق نفسه بحق الملك؛ لم يملكه فى حق غيره بالتوكيل.

ومن ملك التصرف فيما تدخله النيابة فى حق نفسه، جاز أن يتوكل فيه لغيره؛ لأنه يملك فى حق نفسه بحق الملك، فملك فى حق غيره بالإذن.

واختلف أصحابنا فى العبد: هل يجوز أن يتوكل فى قبول النكاح؟

فمنهم من قال: يجوز؛ لأنه يملك قبول العقد لنفسه بإذن المولى، فملك أن يقبل لغيره بالتوكيل.

ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأنه لا يملك النكاح، وإنما أجيز له القبول لنفسه؛ للحاجة إليه، ولا حاجة إلى القبول لغيره، فلم يجز.

واختلفوا فى توكيل المرأة فى طلاق غيرها:

فمنهم من قال: يجوز، كما يجوز توكيلها فى طلاقها.

ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأنها لا تملك الطلاق، وإنما أجيز توكيلها فى طلاق نفسها، للحاجة، ولا حاجة إلى توكيلها فى طلاق غيرها، فلم يجز.

ويجوز للفاسق أن يتوكل فى قبول النكاح للزوج؛ لأنه يجوز أن يقبل لنفسه مع الفسق، فجاز أن يقبل لغيره.

وهل يجوز أن يتوكل فى الإيجاب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه موجب للنكاح، فلم يجز أن يكون فاسقًا، كالولى.

والثانى: يجوز؛ لأنه ليس بولى، وإنما هو مأمور من جهة الولى، والولى عدل.

(الشرح) الأحكام: من لا يملك التصرُّفَ فى حق نفسه؛ لِنَقْصٍ فيه؛ كالمرأة فى عقد النكاحِ، والكافرِ فى تزويجِ المسلمة، والسفيهِ فى البيعِ، والشراء، والعتق، والعَبْد بغير إذنِ السيد، والصبى، والمجنونِ فى جميع العقود -: لم يملكْ أن يتوكل فيه لغيره؛ لأنه إذا لم يملكْ ذلك فى حقِّ نفسه بحقِّ الملك؛ لم يملكْ فى حق غيره بالتوكيل.

فصل: وقال أبو حنيفة[1]: يملك الصبى أن يتوكل فيما قل إذا قارب البلوغ.

دليلنا: قوله ﷺ: «رُفِعَ القلم عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الصَّبِى حَتَّى يبْلُغَ».

ورفعُ القلمِ يَدُلُّ على أنه لا حُكْمَ لتصرفه، ولأنه غير مكلف؛ فلا يصحُّ أن يكون وكيلًا؛ كالمجنون.

قالوا: المجنون لا يعقل معنى ما يقوله، والصبى يعقله؛ فافترقا.

قلنا: هما سواءٌ فى زَوَال التكليفِ عنهما، وسقوطِ المطالبةِ والمؤاخذة بالعبادات، وبُطْلانِ الاقرارِ، والطلاقِ، والعتَاقِ، مع وجود هذا الفرقِ؛ فسقط ما قالوه.

واحتجُّوا بما روى أنَّ النبى ﷺ قَالَ لعُمَرَ بْنِ أَبِى سَلَمَةَ «قُمْ يَا غُلَامُ؛ فَزَوِّجْ أُمَّكَ مِنى»[2]. والظاهر من تسميته إياه غلامًا: أنه لم يكنْ بالغًا، وقد وكَّله.

قلنا: كان ابنَ ابن عمها، فهو وليُّها؛ يدلُّ عليه: أنه أمره بأن يزوِّجها، والتزويجُ إنما يكون مِنْ جهتها لا من جهة النبى ﷺ فإنه كان خاطبًا وقابلًا للنكاح؛ فدلَّ على

---

(١) قال فى المبسوط (١٩/ ١٥٨): إذا وكل الرجل الصبى الذى لا يعقل أو المجنون الذى لا يعقل ولا يتكلم فهو باطل؛ لأن التوكيل إنابة للوكيل مناب نفسه فى العبارة، فإذا لم يكن الوكيل من أهل العبارة كان التوكيل باطلا .

وإن كان صبيا يعقل ويتكلم أو مجنونا يعقل فهو جائز؛ لأنه من أهل العبارة، ألا ترى أن تصرفه فى حق الموكل بأمره ينفذ؟! ولكنه ليس من أهل التزام العهدة فعهدة التصرف تكون على الموكل .

(٢) أخرجه ابن سعد فى الطبقات (٨/ ٧١) وفيه قالت - يعنى أم سلمة - -: يا عمر قم فزوج رسول الله . .

أنه زوجها بولايته لا بالوكالة، واسم الغلامِ يقع على غيرِ البالغِ، وعلى البالغ، واستعماله فى البالغ أكثَرُ، ولهذا يقال: غلام فلان وغلمانه وهم رجال.

قالوا: يعقل معنى ما يقوله؛ فأشبه البالغ.

قلنا: يبطلُ بالطلاقِ والإقرارِ بالمالِ؛ فإنه يعقلُ معنى طلاق زوجتِهِ والإقرار بالمال، ولا يصحُّ منه ذلك.

وأمَّا المكاتبُ: فيجوز له أن يتوكَّل لغيره بجُعْل، ولا يجوز له ذلك بغير جُعْل؛ لأن حقَّ السيِّد يمنعه من التبرُّع بعمله.

فصل: ومَنْ ملك التصرُّف فيما تدخله النيابة فى حقِّ نفسه؛ كالبالغ العاقل الذى لا حَجْرَ عليه، والمحجور عليه؛ لِفَلَسٍ، والمرأة - جاز أن يتوكَّل فيه لغيره؛ لأنه يملك ذلك فى حَقِّ نفسه بحقِّ الملك؛ فملك ذلك فى حقِّ غيره بالإذن، ويجوز للذمى والمستأمن أن يتوكَّل للمسلم فيما سوى نكاح المسلمةِ وسائرِ ما يجوز العقْدُ عليه؛ لأن كل ما صح أن يتصرف فيه لنفسه، ودخلَتْهُ النيابة، ولم يشترطْ فيه العدالة لَمْ يعتبرْ فيه الدِّين؛ كما يجوز أن يتوكَّل مع الفسق.

ويجوز للمسلم أن يتوكَّل للكافر فيما يجوز العقدُ عليه؛ لأن له أن يتبرَّع بالعمل؛ فكان له أن يتوكَّل له.

وإنْ وكل مسلمٌ مرتدًّا، جاز؛ لأنَّ ردته لا تؤثِّر فى تصرُّفه، وإنما تؤثِّر فى ماله.

واختلف أصحابنا فى العبد: هل يجوز أن يتوكَّل فى قبول النكاح بإذْنِ السيِّد فيه؟

فمنهم من قال: يجوز؛ لأنه يملك قبول العقد لنفسه بإذْنِ المولى؛ فملك أن يقبل بإذنه لغيره بالتوكيل.

ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأنه لا يملك النكاح، وإنما أجيز له القبول لنفسه للحاجة إليه، ولا حاجة إلى القَبُول منه لغيره؛ فلم يجزْ فإن وكّل فيه بغير إذن المولى لم يجز وجها واحدًا.

واختلفوا فى توكيل المرأة فى طلاقِ غيرها:

فمنهم من قال: يجوز؛ كما يجوز للزوج توكيلها فى طلاقِ نفسها.

ومنهم من قال: لا يجوزُ؛ لأنها لا تملك الطلاق، وإنما أجيز توكيلها فى طلاقِ نفسها للحاجةِ إنْ كانتْ مختارةً، ولا حاجةَ إلى توكيلها فى طلاق غيرها؛ فلم يجز.

ويجوز للفاسق أن يتوكَّل فى قبول النكاحِ للزوجِ؛ لأنه يجوز أن يقبل النكاح

لنفسه مع الفسق، فجاز أن يقبله لغيره، وهل يجوز أن يتوكَّل فى الإيجابِ عن الولى؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه يوجبُ النكاحَ؛ فلم يجز أن يكون فاسقًا؛ كالولى.

والثانى: يجوز؛ لأنه ليس بولى، وإنما هو مأمور من جهة الولى، والولى عدلٌ.

ولا يجوزُ توكيلُ الكافر فى نكاح المسلمة بحالٍ، وفى توكيل المسلمِ الكافر فى طلاقِ امرأةِ المسلمِ وجهان.

فصل: وإن وكَّلَ رجل عبدًا فى شراء نفسه مِنْ سيِّده؟ ففيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأنه يجوز أن يكون وكيلًا فى شراء عبده بإذن السيِّد؛ فجاز أن يكون وكيلًا فى شراء نفسِهِ؛ وبه قال أبو حنيفة[١].

والثانى: لا يصح؛ لأنَّ إيجابَ السيِّد لعبده لا يصحُّ؛ لأنَّه ملكه، ويده كيده، والحق الذى ثبت للعبد ثبَتَ لسيِّده، ولا يلزم المكاتب؛ لأنه كالخارج عن ملكه؛ ولهذا لا يرجعُ أرشُ الجناية عليه إليه.

فإن قلنا: يصحُّ: فإنْ ذكرا فى العقد أنه يشترى نفسه، وقع العقدُ الذى سمَّاه، وإن أطلق وادعَى أنه اشترَى نفسه لغيره: فإنْ صدَّقه المولَى، كان له مطالبة الموكِّل، وإن كذَّبه، وقال: بل اشتريتَ نفسك لنفسك، كان القولُ قولَ المولَى مع يمينه بالله تعالى: أنه لا يعلَمُ أنه اشترَى نفسه لغيره؛ لأن الظاهر أنه اشترَى نفسه لنفسه، ويعتق العبد ويطالبه المولَى بالثمن.

فصل: ومَنْ كان له على غيره حَقّ؛ فوكَّله فى إبراء نفسه منه: فالمذهب المشهور: أنه يصحُّ توكيله؛ لأنه فى إسقاط حق عن نفسه، صَحَّ؛ كما لو وكَّل العبد فى إعتاق نفسه، والمرأة فى طلاق نفسها.

---

(١) قال فى مجمع الأنهر (٢/ ٢٣٠): (ولو وكل عبدا ليشترى نفسه) أى نفس العبد المأمور (له) أى للموكل (من سيده) بأن قال فلان لعبد: اشتر لى نفسك من سيدك بألف مثلا (فإن قال) العبد المأمور لسيده (بعنى نفسى لفلان) بألف (فباع) السيد (فهو) أى العبد (له) أى للموكل؛ لأن العبد يصلح لأن يشترى نفسه لنفسه ويصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه؛ لكونه أجنبيا عن نفسه فى حكم المالية، فإذا أضاف العقد إلى الآمر صلح شراؤه للامتثال فيقع للآمر .

قال فى الفروع الحنبلى (٤/ ٣٣٩): وهل يصح أن يوكل إنسان عبدا فى شراء نفسه من سيده بإذنه أو لا؟ روايتان .

ومِنْ أصحابنا من قال: لا يصحُّ؛ لأنه لا يملك إسقاط الحق عن نفسه بنفسه؛ فلم يصحَّ أن يكون وكيلًا فيه، كما لو وكَّل الغاصب فى إسقاط الضمان عن نفسه فى العَيْن المغصوبة؛ فإنَّه لا يصحُّ.

والصحيحُ هو الأول.

ويخالف إسقاط الضمان فى المغصوبِ؛ لأنَّ ذلك لا يسقط إلا بالقبضِ، ولا يصحُّ قبضه من نفسه لغيره، وهاهنا ويسقط بنفس الإسقاط؛ فصحَّ توكيله فيه.

فصل: وإن وكل المضمون له المضمون عنه فى إبراءِ الضامنِ، جاز، وإذا أبرأه برئ الضامن، ولم يبرأ المضمون عنه، وإن وكل الضامن فى إبراء المضمون عنه؛ فأبرأه، برئ، وبرئ الضامن؛ لأنه فرع للمضمون عنه، فإذا أبرئ الأصل، برئ الفرع وجهًا واحدًا؛ لأنه لا يبرأ بإبراء نفسه، وإنما يبرأ ببراءة المضمون عنه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول؛ لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما، فافتقر إلى الإيجاب، والقبول؛ كالبيع والإجارة.

ويجوز القبول على الفور، وعلى التراخى، وقال القاضى أبو حامد المروزى: لا يجوز إلا على الفور؛ لأنه عقد فى حال الحياة، فكان القبول فيه على الفور، كالبيع.

والمذهب الأول؛ لأنه إذن فى التصرف، والإذن قائم ما لم يرجع فيه، فجاز القبول ويجوز القبول بالفعل؛ لأنه إذن فى التصرف، فجاز القبول فيه بالفعل، كالإذن فى أكل الطعام.

(الشرح) قوله: «على الفَوْرِ وعلى التراخِى»، «فَوْرِهِ يُبادِرُ» أى: من ساعته وحينه، وهو مأخوذ من فارت القدر تفور فورًا وفورانًا: إذا جاشت وغلت، ومنه قولهم: ذهبت فى حاجة، ثم أتيت فلانًا على فورى، أى: قبل أن أسكن. ذكره الجوهرى[١].

ومعنى الفور فى الاصطلاح: كون الأداء فى أول أوقات الإمكان[٢].

والفرق بينه وبين التراخى: أن الفور ضد التراخى.

والتراخى: الإبطاء والتأخير وترك العجلة، يقال: تراخى السماء: أى أبطأ

---

(١) ينظر الصحاح (فور)، النظم (٢/٧).

(٢) التعريفات للجرجانى مادة: (فور)، والكليات (٣/٣١٨).

المطر. ومعناه: التساهل وترك الاستعجال والمبادرة.

ومعنى التراخى فى الاصطلاح: كون الأداء متأخرًا عن أول وقت الإمكان إلى مظنة الفوت[١]. وعلى ذلك لا يخرج معناه الاصطلاحى عن المعنى اللغوى.

الأحكام: ولا تصح الوَكَالة إلا بالإيجابِ؛ مثل أن يقول: وكّلتك، أو أَذِنْتُ لك، أو أمرتُكَ. والقبول مثل أن يقول: قَبِلْتُ، أو رَضِيتُ، أو بأن يتصرَّف؛ لأنَّه عقد يتعلّق به حق كلِّ واحد منهما؛ فافتقر إلى الإيجابِ والقبول؛ كالبيع والإجارة.

وفيه احترازٌ من العتق؛ لأنه إزالةُ حقٍّ.

وقيل: لا يفتقر إلى القبولِ؛ لأنه تسليطٌ وإباحة؛ فأشبه إباحةَ الطعامِ، وليس بشىء؛ وإباحة الطعام قد وجد فيه القبولُ بالأكل؛ فهو كقَبُولِ الوكالة بالتصرُّف.

وقيل: إن كانتِ الوكالةُ بلفظ الأمر بأنْ قال: بعْ، أو طلِّق، لم يفتقرْ إلى القبول. وإن كان بلفظِ الوكالة بأنْ قال: وكّلتك، افتقَرَ، وليس بشىء - أيضًا - لأنه إذا تصرف، فقد قَبِلَ.

فصل: ويجوز القبولُ على الفورِ، وعلى التراخى.

وقال القاضى أبو حامد المروروذى: لا يجوزُ القَبُولُ إلا على الفورِ؛ لأنه عقد معتبر فى حال الحياة؛ فكان القبول فيه على الفور؛ كالبيع، وفيه احتراز من الوصية.

والمذهب الأوَّل؛ لأنه أذن فى التصرُّف، والإذن قائمٌ ما لم يرجعْ فيه؛ فجاز القَبُولُ فيه على الفور، وعلى التراخى.

يدل عليه: أنَّ إذن الغائب يصحُّ، وإن كان المأذونُ له لا يعلمُ إلا بعد وصولِ الإذنِ إليه، ولأنَّ الوكالة تصحُّ فى الموجود والمفقود؛ كالإذن فى السَّلم؛ فجاز تأخير القبول فيها؛ كالوصية.

فصل: فإن كتب إلى رجلٍ بأنّنى قد وكَّلتُكَ فى كذا وكذا، فوصَلَ الكتابُ إليه، وقرأه أو قُرِئ عليه، وقبل الوكالة -: صحَّ، وإن فارق المجلسَ، ولم يقبلْ: قال فى «الإيضاح»: لم يجزْ أن يقبل بعد ذلك، وهذا إنما يجىء على قولِ القاضِى أبى حامد المروروذى، فأمَّا على المذهب: فينبغى أن يجوز.

فصل: ويجوز القبولُ بالقولِ على ما تقدَّم، ويجوزُ بالفعلِ بأنْ يتصرَّف فيما فوَّضه

---

(١) ينظر كشاف مصطلحات الفنون (٣/ ٥٩٤).

إليه؛ لأنه أذن فى التصرُّف؛ فجاز القبولُ فيه بالفعل؛ كالإذن فى أكل الطعام؛ بخلاف البيع، والإجارةِ، والهبة، والوصيَّة؛ لأنها تتضمَّن التمليك؛ فافتقرت إلى القبول بالقول، وهذا لا يقتضى التملُّك؛ فهو كالوديعة والعارية؛ فإنه لا يفتقرُ فيها إلى القَبُول بالقول.

فصل: وله أنْ يقبلَ الوكالة، وله ألَّا يقبلها، وإن كان قد بذل له عليها جعلًا؛ لأنَّ أكبَرَ ما فيه أنه معاوضةٌ؛ فلا يجبرُ على القبولِ؛ كالبيع والإجارة.

فصل: ووكالةُ الأخرسِ وتوكيلُهُ إذا كان له إشارةٌ معقولةٌ، أو كتابةٌ مفهومةٌ؛ كوكالة الناطقِ، وتوكيله فى جميعِ ما ذكرناه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يجوز التوكيل إلا فى تصرف معلوم.

فإن قال: وكلتك فى كل قليل وكثير، لم يصح لأنه يدخل فيه ما يطيق وما لا يطيق، فيعظم الضرر، ويكثر الغرر.

وإن قال: وكلتك فى بيع جميع مالى، أو قبض جميع ديونى صح؛ لأنه يعرف ماله ودينه.

وإن قال: بع ما شئت من مالى، أو اقبض ما شئت من ديونى - جاز؛ لأنه إذا عرف ماله ودينه، عرف أقصى ما يبيع ويقبض، فيقل الغرر.

وإن قال: اشتر لى عبدًا، لم يصح؛ لأن فيه ما يكون بمائة، وفيه ما يكون بألف، فيكثر الغرر.

وإن قال: اشتر لى عبدًا بمائة، لم يصح؛ لأن ذكر الثمن لا يدل على النوع، فيكثر الغرر.

وإن قال: اشتر لى عبدًا تركيًا بمائة، جاز؛ لأن مع ذكر النوع، وقدر الثمن يقل الغرر.

فإن قال: اشتر لى عبدًا تركيًا، ولم يقدر الثمن، ففيه وجهان:

قال أبو العباس: يصح؛ لأنه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمنًا، فيقل الغرر.

ومن أصحابنا من قال: لا يصح؛ لأن أثمان الترك تختلف، وتتفاوت، فيكثر الغرر.

وإن وكله فى الإبراء، لم يجز حتى يبين الجنس الذى يبرئ منه، والقدر الذى

يبرئ منه، وإن وكله فى الإقرار، وقلنا: إنه يصح التوكيل فيه، لم يجز حتى يبين جنس ما يقر به، وقدر ما يقر به؛ لأنه إذا أطلق عظم الضرر، وكثر الغرر؛ فلم يجز.

وإن وكله فى خصومة كل من يخاصمه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأن الخصومة معلومة.

والثانى: لا يصح؛ لأنها قد تقل الخصومات، وقد تكثر، فيكثر الغرر.

(الشرح) الأحكام: لا يجوزُ التوكيلُ إلا فى تصرُّف معلومٍ على ما يأتى بيانُهُ.

فإن قال: وكَّلتك فى كلِّ قليل وكثير، لم يصحَّ(١).

---

(١) قال فى المغنى (٥/ ٥٥): ولا تصح الوكالة إلا فى تصرف معلوم . فإن قال: وكلتك فى كل شىء، أو فى كل قليل وكثير، أو فى كل تصرف يجوز لى، أو فى كل ما لى التصرف فيه - لم يصح . وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعى . وقال ابن أبى ليلى: يصح، ويملك به كل ما تناوله لفظه؛ لأنه لفظ عام، فصح فيما يتناوله؛ كما لو قال: بع مالى كله .

ولنا: أن فى هذا غررا عظيما، وخطرا كبيرا؛ لأنه تدخل فيه هبة ماله، وطلاق نسائه، وإعتاق رقيقه، وتزوج نساء كثيرة، ويلزمه المهور الكثيرة، والأثمان العظيمة؛ فيعظم الضرر.

وقال فى المبسوط (١٩/ ٧٠): إذا وكله فى كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس بوكيل فى تقاض ولا شراء ولا بيع، إلا فى قول ابن أبى ليلى - رحمه الله - فإنه يقول ظاهر لفظه يتضمن ذلك كله؛ فإنه من القليل والكثير الذى له أن يباشره بولايته فى ماله . ولكنا نقول: قد عرفنا يقينا أنه لم يرد بهذا اللفظ جميع ما له أن يفعله، وإنما يثبت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمتيقن به هو الحفظ؛ فلا يملك إلا ذلك بمنزلة قوله: وكلتك بمالى .

وقال فى منح الجليل (٦/ ٣٧٠): ابن بشير وابن شاس: إن قال: وكلتك بما إلى من قليل وكثير، شملت يد الوكيل جميع الأشياء، ومضى فعله فيها إذا كان نظرا - أى سدادا ومصلحة من تصرف الوكيل لوكيله - وما ليس بنظر فهو معزول عنه عادة إلا أن يقول افعل ما شئت ولو كان غير نظر . ابن عرفة تبعهما ابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام وابن هارون، ومقتضى أصل المذهب: منع التوكيل على غير وجه النظر؛ لأنه فساد، وقيدوا بيع الثمر قبل بدو صلاحه بخلوه عن الفساد، ونقل اللخمى عن المذهب منع توكيل السفيه اهـ . وفيه نظر؛ إذ لا يأذن الشرع فى السفه، فينبغى أن يضمن الوكيل؛ إذ لا يحل لهما ذلك . ا هـ . وفهم ابن فرحون كلام ابن الحاجب ومن تبعه بخلاف ما فهمه ابن عرفة والمصنف فقال إثره: هذا مثال لوكالة التفويض ولفظ ما يقتضى العموم ومعناه، فلو قال له: وكلتك بما إلى تعاطيه من بيع وشراء وطلاق وعتق وقليل الأشياء وكثيرها، جاز فعل الوكيل فى ذلك كله بشرط كونه على وجه النظر، وعكسه هو معزول عنه بالعادة إلا أن يقول له افعل ما رأيت كان نظرا عند أهل البصر والمعرفة، أو غير نظر، وليس مراده افعل ما شئت وإن كان سفها كما فهمه صاحب التوضيح . اهـ .

وحكى عن ابن أبى ليلى: أنه يصحُّ، ويملك بذلك كل شىء؛ لعموم لفظ الموكِّل، وهذا غلَطٌ؛ لأنه يدخل فيه ما يطيقُ وما لا يطيقُ؛ فيعظم الضرر؛ ويكثُرُ الغرر؛ لجواز أن يعقد له مِنَ المعقود مالا يمكنه أن يقومَ به بأنْ يتزوَّج له النساء، ويطلِّق نساءه، ويعتق عبيده، ويبيع أملاكه، ويشترى الأمتعة والعقار؛ فتلزمه المهور والأثمان، وقد نهى رسولُ الله ﷺ عَنِ الغَرَرِ. وهذا هو أعظَمُ الغرر.

وإن قال -وله أربَعُ نسوة -: وكَّلتُكَ فى طلاقِ إحدَى نسائى، لم يصحَّ حتى يعينها.

قال فى «الإيضاح»: ويحتمل وجهًا آخر: أنه يكون؛ كما لو طلق إحداهن لا بعينها.

فصل: وإن قال: بع مالى، أو قال: جميعَ أملاكى -صحَّ التوكيل؛ لأنَّ ذلك معلومٌ عنده؛ فلا غَرَرَ فى إطلاقِهِ، وإن قال: بع ما شئْتَ مِنْ مالى، أو قال: اقبضْ ما شئت مِنْ ديونى -ففيه وجهان:

أحدهما - وهو الذى ذكره صاحب الكتاب - أنه يجوزُ؛ لأنه إذا عَرَفَ ماله ودَيْنه، عرَفَ أقصى ما يبيع ويقبض؛ فيقل الغرر.

والثانى: لا يجوز؛ ذكره الصَّيْمرىُّ فى «الإيضاح».

وقال أبو نصر فى «الشامل»: لو قال: بع ما ترَى من مالى، لم يجز، وإن قال: مِنْ عبيدى، جاز؛ لأنَّ العبيد محصورةٌ بالجنس.

والصحيح هو الأوَّل؛ لأنه إذا جاز التوكيلُ فى بيعِ جميعِ المالِ، جاز فيما يرى الوكيلُ بيعَهُ منه؛ كالعبيد.

فصل: وإن وكَّله أن يزوِّجه من شاء: قال القاضى أبو حامد: يجوز، وحكى عن أبى العباس بن سريج وجهًا آخر: أنه لا يجوزُ؛ وهو اختيار الزّبيرىّ؛ لأنَّ الأغراضَ تختلفُ؛ فلا يجوزُ حتى يعيِّن.

فصل: وإن قال: وكَّلتك فى أن تشترى لى ما شئْتَ، لم يصحُّ؛ لأنه لا يأمن أن يشترى له مالا يمكنُهُ التخلُّص منه لكثرته.

وإن قال: اشتَرِ لى عبدًا، أو قال: ثوبًا، أو قال غيره، ولم يذكر النوعَ، وقدر الثمن -لم يصحَّ؛ لأن فيه ما يكونُ بمائة، وفيه ما يكون بألفٍ؛ فيكثر الغرر.

فصل: وإن قال: اشترِ لى عبدًا بمائة، لم يصحَّ؛ لأن ذكر الثمن لا يدلُّ على

النوع؛ فيكثر الغرر.

وإن قال: اشتر لى عبدًا تركيًا، أو قال: حبشيًا بمائة -جاز؛ لأن مع ذِكْر النوعِ وقَدْر الثمن يقلُّ الغرر.

وإن قال له: اشترِ لى عبدًا تركيًا، أو قال: حبشيًا، ولم يقدّر الثمن ففيه وجهان:

قال أبو العباس بن سريج: يصحُّ؛ لأنه يحمل الأمر فيه على أغلى هذا النوع ثمنًا؛ فيقل الغرر.

ومن أصحابنا من قال: لا يصحُّ؛ لأنَّ أثمان الترك، والحبش تختلفُ، وتتفاوَتُ؛ فيكثر الغَرَر.

فصل: وحكى أصحابُ أبى حنيفة[1] عنه: أنَّ الوَكالةَ العامَّةَ تصح مع الجهالة؛ مثل أن يقولَ: اشتر ما شئْتَ، وما رأيتَ؛ لأنه فوَّض الأمر إليه، فصار كالمضاربِ. قالوا: أمّا الوكالةُ الخاصّة: فلا تجوزُ مع الجهالة الكثيرة، فإذا قال: اشترِ لى عبدًا، لم يجزْ حتّى يذكر الثمن؛ فيقول: بألف، أو يذكر الصفة، فيقول: حبشيًّا، ولا يحتاج إلى ذِكْرِ الثمن، إلا أنه لا يشترى له إلا ما يشتريه أمثاله من ذلك النوع، فإذا اشترى مِنْ ذلك النوع غاليا، يخرج عن عادة أمثاله، لم يجزْ.

وهذا لا يستقيم؛ لأنه إذا اقتضتِ الوكالة زوالَ الجهالة، لم يجزْ فيها العمومُ الذى ذكَرَهُ، ويخالف القراض؛ لأن الغرض به طلَبُ الربح؛ فتخصّص بذلك، وهاهنا غرضه من ذلك لا دليلَ عليه؛ فكان الإطلاقُ جهالةً فيه، وقد ناقَضَ أصله؛ فإنه لم يحملْ لفظ الموكّل على العمومِ، وإنَّما حمله على عادة أمثاله.

فصل: وإن وكّله فى الإبراء، لم يجزْ حتى يبين الجنس الذى يبْرئ منه، والقدر الذى يَبْرئ منه؛ بأنْ يقول: أبرئه من مائةِ دينار، أو يقول: من مائة درهم، أو يقول: من عَشَرة أقفزة حنطة، أو يقول: من عَشَرة أقفزة شعير، ونحو ذلك.

---

(١) قال فى الهداية مع العناية (٨/ ٢٧): (قال: ومن وكل رجلا بشراء شىء فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه) ؛ ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار، (إلا أن يوكله وكالة عامة فيقول: ابتع لى ما رأيت) ؛ لأنه فوض الأمر إلى رأيه، فأى شىء يشتريه يكون ممتثلا . والأصل فيه: أن الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانا؛ لأن مبنى التوكيل على التوسعة؛ لأنه استعانة، وفى اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع .

وقيل: إذا قال له: أبْرِئْ من مالى، وعرفه الموكّل دون الوكيل والمبرأ عنه؛ جاز، ولا يشترطُ إلا معرفة المستحقِّ.

والمذهب الأوَّل؛ لأن الوكيل قائمٌ مقام الموكلِ، فإذا اعتبر علم الموكّل فى صحّة الإبراء، اعتبر علم الوكيل؛ لأنه يسقط بإبرائه لا بنَفْس الوكالة.

فصل: وإن وكّله فى الإقرار، وقلنا: إنه يصحُّ التوكيل فيه، لم يجزْ حتَّى يبيّن من يقرُّ له، ويبيّن ما يقرُّ به؛ بأنْ يقول: تقرّ لفلان بكذا وكذا، أو يقول: بدراهم، أو يقول: بحنطة، وبقدر ما يقرُّ به بأن يقول: مائة دينار، ونحو ذلك؛ لأنه إذا أطلق فى أن يقرّ عنه بما شاء، عظم الغرر، وكثر الضرر؛ فإنه لا يأمنُ أن يقرّ عليه بما لا يطيقُ.

وإن قال: قد وكّلتك على أنْ تقرّ لفلان عنّى بألفِ درهمٍ له علىَّ قال فى «التلخيص»: فهذا منه إقرارٌ، وإن لم يقرّ به الوكيل.

وإن قال: أقر عنى بشىء، وقلنا: إنه يصح التوكيل، فأقرّ عنه بشىء رجع فى بيانه إلى الموكل؛ لأن الإقرار يصحُّ بالمجهول؛ فقام الوكيلُ فيه مقام الموكل، ورجع فى بيانه إلى الموكل؛ لأنه لا يعلم إلا من جهته؛ فرجع فيه إليه.

فصل: وإن وكله فى الطلاق قبل أن يتزوج، أو فى القبض قبل أن يملك، أو فى مطالبة من يجبُ للموكّل عليه حقّ بعد التوكيل، لم يصحَّ؛ لأنه لا يملك التصرُّف فيه؛ فلا يملك أن يوكل فيه.

وإن وكّله فى خصومة كلّ من يخاصمه، أو فى خصومة كلّ خَصْم يحدث له، أو أن يقاسم كلّ شريك يحدث له، ففيه وجهان:

أحدهما: يصحُّ؛ لأن الخصومة معلومةٌ؛ لأنها دعوَى أو جواب عن دعوى.

والثانى: لا يصحُّ؛ وهو المذهب؛ لأنه قد تقل الخصومات، وقد تكثر؛ فيكثر الغرر.

فصل: فإن وكّله فيما يجوزُ وفيما لا يجوز؛ صحَّ فيما يجوز، وبَطَلَ فيما لا يجوز؛ لأن الوكالة لا تبطلُ بضمّ ما لا يجوز إلى ما يجوز.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل.

ومن أصحابنا من قال: يجوز؛ لأنه إذن فى التصرف، فجاز تعليقه على شرط مستقبل؛ كالوصية.

والمذهب الأول؛ لأنه عقد تؤثر الجهالة فى إبطاله، فلم يصح تعليقه على شرط، كالبيع، والإجارة.

ويخالف الوصية، فإنها لا يؤثر فيها غرر الجهالة، فلا يؤثر فيها غرر الشرط والوكالة تؤثر الجهالة فى إبطالها، فأثر غرر الشرط.

فإن علقها على شرط مستقبل، ووجد الشرط، وتصرف الوكيل؛ صح التصرف؛ لأن مع فساد العقد الإذن قائم، فيكون تصرفه بإذن، فصح.

فإن كان قد سمى له جعلًا؛ سقط المسمى، ووجب له أجرة المثل؛ لأنه عمل فى عقد فاسد، لم يرض فيه بغير بدل، فوجب أجرة المثل، كالعمل فى الإجارة الفاسدة.

وإن عقد الوكالة فى الحال، وعلق التصرف على شرط، بأن قال: وكلتك أن تطلق امرأتى، أو تبيع مالى بعد شهر - صح؛ لأنه لم يعلق العقد على شرط، وإنما علق التصرف على شرط، فلم يمنع صحة العقد.

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل من جهة النطق، أو من جهة العرف؛ لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلا ما يقتضيه الإذن، والإذن يعرف بالنطق، وبالعرف.

فإن تناول الإذن تصرفين، وفى أحدهما إضرار بالموكل، لم يجز ما فيه إضرار؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار».

فإن تناول تصرفين، وفى أحدهما نظر للموكل، لزمه ما فيه النظر للموكل، لما روى ثوبان مولى رسول الله ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «رأس الدين النصيحة. قلنا: يا رسول الله، لمن؟ قال: لله، ولرسوله، ولكتابه، ولأئمة المسلمين، وللمسلمين عامةً» وليس من النصح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل.

(الشرح) قوله: «لا ضرر ولا ضرار» تقدم تخريجه.

أما حديث ثوبان، فأخرجه الطبراني فى الأوسط[1] ، من طريق أيوب بن سويد

---

(١) حديث (١١٨٤) .

عن أمية بن زيد عن أبى مصبح المقرائى عن ثوبان به.

وقال الهيثمى فى المجمع[(١)] : وفيه أيوب بن سويد وهو ضعيف لا يحتج به. ا. هـ.

قال البخارى: يتكلمون فيه، وقال أيضا: ليس بالقوى.

وقال النسائى: ليس بثقة.

وقال ابن معين: ليس بشىء.

لكن للحديث شواهد كثيرة جدًا.

عن تميم الدارى وأبى هريرة وابن عباس وابن عمر.

حديث تميم الدارى:

أخرجه مسلم[(٢)] ، وأبو داود[(٣)] ، والنسائى[(٤)] ، وأحمد[(٥)] ، والحميدى[(٦)] ، وأبو عوانة[(٧)] ، والبخارى فى التاريخ الصغير[(٨)] ، وأبو عبيد فى الأموال[(٩)] ، وأبو يعلى فى مسنده[(١٠)] ، وابن حبان فى روضة العقلاء[(١١)] ، والطبرانى فى الكبير[(١٢)] ، والبيهقى فى شعب الإيمان[(١٣)] ، والبغوى فى شرح السنة[(١٤)] ، والقضاعى فى مسند الشهاب[(١٥)] ، كلهم من طريق سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن عطاء بن يزيد عن تميم الدارى؛ أن النبى ﷺ قال: «الدين النصيحة» قالوا: لمن يا رسول الله قال: «لله ولكتابه ولنبيه ولأئمة المسلمين وعامتهم».

---

(١) ١/ ٩٢ .

(٢) ١/ ٧٤ كتاب الايمان باب بيان أن الدين النصيحة (٩٥/ ٥٥) .

(٣) ٥/ ٢٣٣، ٢٣٤ كتاب الأدب باب فى النصيحة (٤٩٤٤) .

(٤) ٧/ ١٥٦ كتاب البيعة باب النصيحة للامام .

(٥) ٤/ ١٠٢ .

(٦) ٢/ ٣٦٩ (٨٣٧) .

(٧) ١/ ٣٦ - ٣٧ .

(٨) ٢/ ٣٤ .

(٩) ص/ ١٠ حديث (١) .

(١٠) ١٣/ ١٠٠ (٧١٦٤) .

(١١) (١١٩٤) .

(١٢) ٢/ ٥٢ - ٥٤ .

(١٣) ٦/ ٢٦ رقم (٧٤٠١) .

(١٤) ٦/ ٤٨٥ .

(١٥) حديث (١٧، ١٨) .

حديث أبى هريرة:

أخرجه الترمذى[١]، والنسائى[٢]، وأحمد فى المسند[٣]، والبخارى فى التاريخ الصغير[٤]، وأبو نعيم فى الحلية[٥]، عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الدين النصيحة» ثلاث مرات قالوا: يا رسول الله لمن؟ قال: «لله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم».

وقال الترمذى: حسن صحيح.

حديث ابن عباس:

أخرجه أحمد[٦]، والبزار[٧]، وأبو يعلى فى المسند[٨]، من حديث ابن عباس.

أما أبو يعلى والبزار، فأخرجاه من طريق زيد بن الحباب: ثنا محمد بن مسلم الطائفى، ثنا عمرو بن دينار، عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «الدين النصيحة» قالوا: لمن يا رسول الله؟ قال: «لكتاب الله ولنبيه ولأئمة المسلمين».

وأما أحمد، فأخرجه من طريق زيد بن الحباب قال: أخبرنى عبد الرحمن بن ثوبان قال: سمعت عمرو بن دينار يقول: أخبرنى من سمع ابن عباس يقول: قال رسول الله ﷺ الدين النصحية قالوا: لمن؟ قال لله ولرسوله ولأئمة المؤمنين.

والحديث ذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد[٩] وقال: رواه أحمد والبزار والطبرانى فى الكبير وقال: لأئمة المسلمين وعامتهم. قال أحمد: عن عمرو بن دينار أخبرنى من سمع ابن عباس، وقال الطبرانى: عن عمرو بن دينار عن ابن عباس، فمقتضى رواية أحمد الانقطاع بين عمرو وابن عباس، ومع ذلك فيه عبد الرحمن بن ثابت بن

---

(١) ٤/٢٨٦ كتاب البر والصلة باب ما جاء فى النصيحة (١٩٢٦).

(٢) ٧/١٥٧ كتاب البيعة باب النصيحة للإمام.

(٣) ٢/٢٩٧.

(٤) ٢/٣٥.

(٥) ٦/٢٤٢ - ٧/١٤٢.

(٦) ١/٣٥١.

(٧) (١/٤٩ - ٥٠ - كشف) رقم (٦١).

(٨) ٤/٢٥٩ رقم (٢٣٧٢).

(٩) ١/٩٢.

ثوبان، وقد ضعفه أحمد وقال: أحاديثه مناكير. ورواه أبو يعلى، ورجاله رجال الصحيح، ولفظ أبي يعلى، قالوا: لمن يا رسول الله؟ قال: «لكتاب الله ولنبيه ولأئمة المسلمين» ا. هـ.

والحديث ذكره ابن أبي حاتم في العلل[1] وقال: سألت أبي عن حديث رواه أيوب الوزان عن زيد بن حباب عن ابن ثوبان عن عمرو بن دينار عن رجل عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «الدين النصيحة» قال أبي: هذا خطأ، إنما هو ما رواه ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن القعقاع بن حكيم عن أبي صالح. قال: ثم لقيت سهيلا فسألته فقال سهيل: سمعته من الذي سمعه منه أبي، أخبرنيه عطاء بن يزيد - كان صديقا لأبي من أهل الشام - عن تميم الداري عن النبي ﷺ.

حديث ابن عمر:

أخرجه الدارمي[2]، والبزار[3]، والطبراني في مكارم الأخلاق[4]، والقضاعي في مسند الشهاب[5] من طريق هشام بن سعد عن زيد بن أسلم ونافع عن ابن عمر؛ أن النبي ﷺ قال: «الدين النصيحة».

قال البزار: وهذا لا نعلمه يروى عن ابن عمر إلا من هذا الوجه، ولا نعلم أحدا جمع بين زيد ونافع إلا جعفر بن عون عن هشام.

قلت: وهو كما قال.

فقد رواه جعفر بن عون عن هشام، وجمع بين زيد ونافع كما عند الدارمي والبزار.

أما عند الطبراني في المكارم فرواه أبو همام الدلال عن هشام عن نافع - وحده دون ذكر زيد عن ابن عمر به.

والحديث ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد[6]، وقال: رواه البزار، ورجاله رجال الصحيح.

---

(١) ٢/١٧٦ رقم (٢٠١٩).
(٢) ٢/٣١١ كتاب الرقاق باب الدين النصيحة.
(٣) (١/٥٠ - كشف) حديث (٦٢).
(٤) حديث (٦٦).
(٥) حديث (١٩).
(٦) ١/٩٢.

- أما ثوبان مولى رسول الله ﷺ[1] فهو أبو عبد الله، ويقال: أبو عبد الرحمن ثوبان بن بجدد - بضم الباء الموحدة وسكون الجيم، وضم الدال الأولى. وقيل: ابن جحدر - بفتح الجيم وسكون الحاء المهملة وفتح الدال. من أهل السراة، والسراة: موضع بين مكة واليمن. وقيل: إنه من حمير. وقيل: إنه حكمى من الحكم بن سعد العشيرة بن مذحج. أصابه سباء فاشتراه رسول الله ﷺ فأعتقه، وقال: إن شئت أن تلحق بمن أنت منهم، وإن شئت فأنت منا أهل البيت، فأقام على ولاء رسول الله ﷺ ولم يزل معه سفرا وحضرا إلى أن توفى رسول الله ﷺ فخرج إلى الشام ونزل الرملة، ثم انتقل إلى حمص، وتوفى بها سنة أربع وخمسين. روى عنه شداد بن أوس، وجبير بن نفير، وأبو الأشعث الصنعانى وأبو الشمال الرحبى، وأبو إدريس الخولانى، ومعدان بن طلحة، وأبو الخير مرثد بن عبد الله، وغيرهم. وله عن رسول الله ﷺ مائة حديث وسبعة وعشرون حديثا روى له مسلم منها عشرة أحاديث.

قوله: «تؤثر الجهالة»، قال القرافى: اعلم أن العلماء قد يتوسعون فى عبارتى الغرر والجهالة فيستعملون إحداهما موضع الأخرى.

ثم يفرق القرافى بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر بقوله: وأصل الغرر هو الذى لا يدرى هل يحصل أم لا؟ كالطير فى الهواء والسمك فى الماء.

وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول كبيعه ما فى كمه فهو يحصل قطعًا، لكن لا يدرى أى شىء هو.

فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه.

أما وجود الغرر بدون الجهالة، فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق لا جهالة فيه، وهو غرر؛ لأنه لا يدرى هل يحصل أم لا؟

والجهالة بدون الغرر كشراء حجر لا يدرى أزجاج هو أم ياقوت؟ مشاهدته تقتضى القطع بحصوله فلا غرر، وعدم معرفته تقتضى الجهالة به.

---

(١) تنظر ترجمته فى أنساب الأشراف (١/ ٤٨٠ - ٤٨٢)، والمعارف (١٤٧)، وتهذيب التهذيب (٢/ ٢٨)، وطبقات ابن خياط (٧/ ٢٩١)، وتهذيب الأسماء واللغات (١/ ١٤١)، والكاشف (١/ ١١٩).

وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق.

ثم الغرر والجهالة يقعان فى سبعة أشياء:

١ - فى الوجود، كالآبق قبل الإباق.

٢ - والحصول إن علم الوجود كالطير فى الهواء.

٣ - وفى الجنس كسلعة لم يسمها.

٤ - وفى النوع كعبد لم يسمه.

٥ - وفى المقدار كالبيع إلى مبلغ رمى الحصاة.

٦ - وفى التعيين، كثوب من ثوبين مختلفين.

٧ - وفى البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها. فهذه سبعة موارد للغرر والجهالة(١).

قوله: «رأس الدين النصيحة»(٢) معناه: أصله الذى يقوم به، مستعار من رأس الإنسان الذى لا يبقى الإنسان مع ذهابه.

والنصيحة: فعيلة من النصح، وهو: الصدق بالخبر، يقال: نصحته نصحًا ونصاحة، قال الله تعالى: ﴿وَأَنصَحُ لَكُمْ﴾ [الأعراف: ٦٢] والنصيح: الناصح، واشتقاقه من النصح، وهو: الخياطة، نَصَحَ ثَوْبَهُ: إذا خاطَهُ، والنِّصاح: الخيط، ويقال للمخيط: نِصاحٌ ومِنْصَحٌ. قاله الزَّجّاجُ(٣).

ومعنى «لله» أىْ: باعتقاد وحدانيته، وأداء فرائضه وحقوقه.

«ولرسوله» الإيمان بنبوته، وتصديق ما جاء به.

«ولكتابه» الإيمان به، والعمل بما فيه.

«ولأئمة المسلمين» بالطاعة والصدق وترك المخالفة.

«وللمسلمين» فى المعاملات، بترك الغش والخداع، وأن يُحِب لأخيه المسلم ما يحب لنفسه(٤).

الأحكام: لا يجوزُ تعليقُ الوكالةِ على شَرْطٍ مستقبل؛ مثل أن يقولَ: إذا جاء رأس الشهرِ؛ فقد وكَّلتك فى كذا وكذا، أو قال: إذا قَدِمَ زيدٌ، أو إذا قدم الحاجُّ، فأنتَ

---

(١) ينظر الفروق (٣/ ٢٦٥)، وبهامشه تهذيب الفروق (٣/ ٢٧٠).

(٢) ينظر النظم (٢/ ٧، ٨).

(٣) عن الغريبين (٣/ ٢٤٥).

(٤) ينظر شرح الخطابى فى أعلام الحديث (١٨٧ - ١٩٣)، ومعالم السنن (٤/ ١٢٥، ١٢٦).

وكيلى فى كذا وكذا، أو قال: قد وكَّلت مَنْ يَبْلُغ من ولد فلان، أو قال: من يعْتقُ مِنْ عبيد فلانٍ.

ومن أصحابنا من قال: يصحُّ تعليقها عليه؛ وبه قال أبو حنيفة[1].

والمذهب الأوَّل؛ لأنَّه عقد تؤثِّر الجهالة فى إبطالِهِ؛ فلم يصحَّ تعليقه على شرط مستقبلٍ؛ كالبيع والإجارة، وفيه احتراز مِنَ الوصيَّة.

والدليلُ على الوصف: هو أنه إذا وكَّله فى شراء ثوبٍ، ولم يبيِّن نوعه؛ لم يصحَّ التوكيل.

قالوا: أذن فى التصرُّف؛ فجاز تعليقه على شرطٍ؛ كالوصيَّة والإمارة؛ كما قال النبى ﷺ فى جيش مؤتة: «الأميرُ زَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ، فَإِنْ قُتِلَ فَجَعْفَرُ بْنُ أَبِى طَالِبٍ، فَإِنْ قُتِلَ فَعَبْدُ اللهِ بْنُ رَوَاحَةَ - فَقُتِلَ، فَأَمَّرَ النَّاسُ خَالدَ بْنَ الوَلِيدِ»[2].

قلنا: إطلاقُ الوصية يقتضِى تعليقَهَا بشرط مستقبل؛ فإنه إذا قال: أوصيْتُ إلى فلان فى كذا، صحَّتِ الوصيةُ وكان معناه: إذا مِتُّ، فإذا كان إطلاقها يقتضى ذلك، جاز تعليقها بالشروطِ المستقبلةِ، وعقد الوكالة إذا أطلق يقتضى التصرفَ فى الحالِ؛

---

(١) قال فى مجمع الضمانات ص (٢٦٠): وتعليق الوكالة بالشرط جائز، مثل أن يقول: إذا قدم فلان فأنت وكيلى فى قبض ديونى .

ولو قال: أنت وكيلى فى قبض كل دين لى، ولا دين له يومئذ، ثم حدث - يملك قبضه استحسانا .

(٢) أخرجه البخارى (٨/ ٢٩٩) كتاب المغازى باب غزوة مؤتة من أرض الشام (٤٢٦٠)، (٤٢٦١)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٨/ ١٥٤) من حديث ابن عمر وفى الباب عن أنس بن مالك وأبو قتادة وابن عباس.

حديث أنس بن مالك أخرجه البخارى (٦/ ٩٣) كتاب الجهاد والسير باب تمنى الشهادة (٢٧٩٨) وفى (٧/ ٤٧١) كتاب فضائل أصحاب النبى ﷺ (٣٧٥٧) وأحمد (٣/ ١١٣، ١١٨)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٨/ ١٥٤) وأبو نعيم فى الدلائل (ص/ ٤٠٢) من طرق عنه.

حديث أبى قتادة

أخرجه أحمد (٥/ ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١)، ابن حبان (٧٠٤٨ - الإحسان) والبيهقى فى الدلائل (٤/ ٣٦٧ - ٣٦٨) من طرق عنه.

حديث ابن عباس:

أخرجه أحمد (١/ ٢٥٦)، وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٦/ ١٥٩) وقال: رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح غير خالد بن سمير وهو ثقة . وذكر له شواهد أخرى كثيرة موصولة ومرسلة .

فلم يجز تعليقها على شرطٍ مستقبل، ولأن الجهالة لا تؤثِّر فى بطلانِ عقد الوصيَّة، وتؤثِّر فى الوكالة.

وأمَّا الإمارة: فإن الجهالة لا تؤثِّر فيها بوجه من الوجوه، والوكالة بخلافه.

قالوا: إذا جاز أن يعلق التصرف على شرط؛ جاز أن يعلَّق العقد.

قلنا: يجوز أن يعلَّق التصرُّف فى المستأجر على زمان مستقبل، ولا يجوز أن يعلَّق العقد.

قالوا: لو لم تصحَّ الوكالة، لما صحَّ التصرف.

قلنا: لأنَّ العقد -وإن فسَدَ- فالإِذْنُ باقٍ؛ فصح التصرف؛ لوجود الإذن؛ كما نقولُ فى الكتابة الفاسدة: يعتق بها، وإن كانتْ فاسدةً، وفائدة فساد الوكالة: أنَّ العوض المسمَّى فيها أجرة للوكيل تسقطُ، وتجبُ أجرة المثل.

وعند أبى حنيفة: يجب المسمى.

فصل: فإن علَّق الوكالة على شرط مستقبل، ووجِدَ الشرطُ، وتصرف الوكيل - صحَّ التصرف؛ لأن مع فساد العقد الإذنُ فى التصرف قائمٌ؛ فيكون تصرفه بإذن؛ فيصح. فإن كان قد سمّى له جعلًا، سقط المسمَّى، ووجب أجرة المثل؛ لأنه عمل فى عقدٍ فاسدٍ، لم يرضَ فيه بغير بدلٍ؛ فوجب له أجرة المثل؛ كالعملِ فى الإجارة الفاسدة؛ فإنه يسقطُ فيها المسمَّى، وتجبُ أجرة المثل.

فصل: وإن عقد الوكالة فى الحال، وعقد التصرف على شرط بأنْ قال: وكَّلتك على أن تطلِّق امرأتى، أو تعتق عبدى، أو تبيع مالى، لكن تصرَّفْ بعد شهر، أو إذا قدم زيد، أو قال: أنتَ وكيلى فى طلاقها - إن شاءَتْ صح؛ لأنَّه لم يعلِّق العقد على شرط، وإنما علَّق التصرف على شرط؛ فلم يمنع صحة العقد.

فصل: ولا يملك الوكيل من التصرُّف إلا ما يقتضيه إذْنُ الموكِّل من جهة النُّطْق؛ مثل أن يقولَ: بِعْ بدراهم، أو يقول: بع بثمن حال، أو بع يوم كذا، أو بِعْ بمائة، ولا تبعْ بغيرها، أو بما يقتضيه إذنُهُ من جهة العرف بأنْ يطلق التوكيل؛ فالذى يقتضيه: أن يبيع بثمن المثل، وأن يبيع بنقد البلد، وغير ذلك مما يأتى بيانه -إن شاء الله تعالى - وبه الثقه؛ لأن تصرفه بالإذنِ؛ فلا يملك إلا ما يقتضيه الإذْن، والإذن تارةً يعرفُ بالنطق، وتارة بالعُرْف: فإنْ تناوَلَ الإذنُ تصرفين وفى أحدهما إضرار

بالموكل؛ مثل أن يأذن له فى البيع بما رأى نقدًا أو نسيئة؛ فيبيع نقدًا بما يساوى نسيئةً فى وقت لا يأمن أن يتلف، أو ينهب، أو يسرق، أو يأذن له فى البيع نسيئة بما يرى من الثمن دراهم، أو دنانير، أو عَرضًا؛ فيبيع حالًا بثمن المؤجَّل، وكان يلحقه فيه مؤنةٌ؛ كالحطب والقُطْن، وغير ذلك مما يحتاجُ فى حِفْظه إلى موضعٍ؛ لم يجزْ بما فيه إضرارٌ، وهو بيعه نقدًا؛ لقوله ﷺ: «لا ضَرَرَ ولَا ضِرَارَ».

وإن تناول إذنُهُ تصرفَيْن، وأحدهما فيه نظَرٌ وحظٌ للموكّل بأنْ يأذن له فى البيع بما رأى بنقد أو نسيئة، أو يأذن له فى بيعه نسيئة؛ فيدفع فيه نقدًا بما يساوى نسيئةً فى وقت مأمونٍ - لزمه أن يفعلَ ما فيه النظر والحظّ للموكّل، وهو البيع بالنقد؛ لما رَوَى ثَوْبَان - بالثاء بثلاث نقط - رضى الله عنه - مَوْلى رسُول اللهِ ﷺ ويكنى أبا عُبيد الله -قال: قَالَ رَسولُ الله ﷺ «رَأْسُ الدِّينِ النَّصِيحَةُ، قُلْنا: يَا رَسُولَ اللهِ، لِمنْ؟ قَال: لِلَّهِ ولِرَسُولِهِ ولِكتابِهِ، وَلأَئِمة المُسْلِمِينَ خَاصَّةً، ثُمَّ لِلْمُسْلِمِينَ عَامَّةً»، وليس من النصح أن يترك ما فيه النظر، والحظ للموكّل.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وكل فى تصرف، وأذن له أن يوكل إذا شاء، نظرت: فإن عين له من يوكله، وكله أمينًا كان أو غير أمين؛ لأنه قطع اجتهاده بالتعيين، وإن لم يعين من يوكل، لم يوكل إلا أمينًا؛ لأنه لا نظر للموكل فى توكيل غير الأمين.

فإن وكل أمينًا فصار خائنًا، فهل يملك عزله؟ فيه وجهان:

أحدهما: يملك عزله؛ لأن الوكالة تقتضى استعمال أمين، فإذا خرج عن أن يكون أمينًا، لم يجز استعماله؛ فوجب عزله.

والثانى: لا يملك عزله؛ لأنه أذن له فى التوكيل دون العزل.

وإن وكله، ولم يأذن له فى التوكيل، نظرت: فإن كان ما وكله فيه مما يتولاه الوكيل، ويقدر عليه، لم يجز أن يوكل فيه غيره؛ لأن الإذن لا يتناول تصرف غيره من جهة النطق، ولا من جهة العرف؛ لأنه ليس فى العرف إذا رضيه أن يرضى غيره.

وإن وكله فى تصرف، وقال: اصنع فيه ما شئت؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز أن يوكل فيه غيره؛ لعموم قوله: اصنع فيه ما شئت.

والثانى: لا يجوز؛ لأن التوكيل يقتضى تصرفًا يتولاه بنفسه، وقوله: اصنع فيه ما شئت، يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل فى تصرفه بنفسه.

وإن كان ما وكله فيه مما لا يتولاه بنفسه، كعمل لا يحسنه، أو عمل يترفع عنه؛ جاز أن يوكل فيه غيره؛ لأن توكيله فيما لا يحسنه، أو فيما يترفع عنه إذن فى التوكيل فيه من جهة العرف، وإن كان مما يتولاه (بنفسه) إلا أنه لا يقدر على جميعه؛ لكثرته، جاز له أن يوكل فيما لا يقدر عليه منه؛ لأن توكيله فيما لا يقدر عليه إذن فى التوكيل فيه من جهة العرف.

وهل يجوز أن يوكل فى جميعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن يوكل فى جميعه؛ لأنه ملك التوكيل، فملك فى جميعه، كالموكل.

والثانى: ليس له أن يوكل فيما يقدر عليه منه؛ لأن التوكيل يقتضى أن يتولى الوكيل بنفسه، وإنما أذن له فيما لا يقدر عليه، للعجز، وبقى فيما يقدر عليه على مقتضى التوكيل.

وإن وكل نفسين فى بيع، أو طلاق، فإن جعله إلى كل واحد منهما، جاز لكل واحد منهما، أن ينفرد به؛ لأنه أذن لكل واحد منهما فى التصرف، وإن لم يجعل إلى كل واحد منهما، لم يجز لأحدهما أن ينفرد به؛ لأنه لم يرض بتصرف أحدهما، فلا يجوز أن ينفرد به.

وإن وكلهما فى حفظ ماله، حفظاه فى حرز لهما، وخرّج أبو العباس وجهًا آخر: أنه إن كان مما ينقسم، جاز أن يقتسما، ويكون عند كل واحد منهما نصفه، وإن لم ينقسم، جعلاه فى حرز لهما؛ كما يفعل المالكان، والصحيح هو الأول؛ لأنه تصرف أشرك فيه بينهما، فلم يجز لأحدهما أن ينفرد ببعضه فيه؛ كالبيع.

ويخالف المالكين؛ لأن تصرف المالكين بحق الملك، ففعلا ما يقتضى الملك، وتصرف الوكيلين بالإذن، والإذن يقتضى اشتراكهما، ولهذا يجوز لأحد المالكين أن ينفرد ببيع بعضه، ولا يجوز لأحد الوكيلين أن ينفرد ببيع بعضه.

(الشرح) قوله: «يترفَّعُ عنه»[1] أى: يتنزه ويتشرف، يقال: رجل رفيع، أى: شريف القدر. ويجوز أن يكون من الارتفاع الذى هو ضد الانخفاض.

الأحكام: إن وكَّل وكيلًا فى تصرف، وأذن له أن يوكّل إذا شاء؛ جاز؛ لأنَّ التوكيلَ عقد أذن له فيه؛ فكان كما لو أذن له فى البيع، ثم ينظر: فإن عيَّن له مَنْ

---

(١) ينظر النظم (٢/٨) .

يوكّل بأن قال: وَكِّلْ فلانًا إذا شئت، وكِّله أمينا كان، أو غير أمين.

قلت: سواء قال: وكِّلْهُ عنى إذا شئت، أو قال: وكِّله عن نفسك؛ لأنه قطع اجتهاده بالتعيين؛ فلم ينسبْ فيه إلى التفريط.

فإنْ وكَّله وهو أمينٌ، ثم صار خائنًا: فإن كان وكيلًا عن الموكّل - لم يملكِ الوكيل الأوَّل عزله بذلك؛ لأنه نائبٌ عن الموكل، لا عنه.

وإنْ كان وكيلًا عن الوكيل، لزمه عزله؛ لما يأتى بيانه.

وإن لم يعيّن الموكّل للوكيل مَنْ يوكّل بأنْ أَذِنَ له أن يوكّل إذا شاء مَنْ رأى توكيله، لم يجزْ أنْ يوكِّل إلا أمينا، سواء كان وكيلًا عن الموكل أو عن الوكيل، فإن وكَّل فاسقًا، أو محجورًا عليه لسفه؛ لم يصحَّ لأنه لا نظر للموكِّل فى توكيله غير الأمين.

فإنْ وكّل أمينًا؛ فصار فاسقًا، أو خائنًا: فهل يملكُ عزله - نظَرْت -:

فإن كان وكيلًا عن الوكيل، ملك عزله؛ لأن له عَزْلَهُ مع الأمانة؛ فمع الفسقِ والخيانة أَوْلَى.

وإن كان وكيلًا عن الموكّل؛ ففيه وجهان، ذكرهما صاحب الكتاب، والصيمرى فى «الإيضاح»:

أحدهما: يملك عزله؛ لأن الوكالة فى غير المعين تقتضى استعمال أمينٍ، فإذا خرج عن أن يكونَ أمينًا؛ لم يجز استعمالُهُ؛ فوجب عزله، وإن لم يكن يعلم به الموكّل فى الأَصْل.

والثانى: لا يملك عزله من غير إذن الموكلِ؛ لأنه أَذِنَ له فى التوكيلِ عنه دون العزل.

وإن قال: وكِّلْ فلانًا فيما وكَّلتك فيه، ولم يقلْ: عنى، ولا عنك -ذكر فى «الإيضاح» فيه وجهين:

أحدهما: أنه يكون وكيلًا عن الموكل.

والثانى: أنه يكون وكيلًا عن الوكيلِ.

فصل: فإنْ أَذِنَ له أن يوكِّل زيدا وعمرًا؛ جاز أن يوكِّلهما فى عقدٍ واحدٍ، وفى عقدين.

وإن أذن له أن يوكّل واحدًا؛ فوكل اثنَيْن: فإنْ كانا فى عقدٍ واحدٍ، كان باطلًا فيهما، وإن كان فى عقدَيْن، بطل فى الثانى.

فصل: وإنْ وكَّله، ولم يأذن له فى التوكيلِ - نظرْتَ:

فإن كان ما وكَّله فيه مما يتولَّاه الوكيلُ بنفسه، ويقدر عليه؛ مثل أن يدفع إليه ثوبًا أو عبدًا ليبيعه أو ليشترى له ذلك، وهو ممَّنْ يتولَّى ذلك بنفسه؛ لم يجزْ أنْ يوكّل فيه غيره؛ لأنَّ الإذن هاهنا لا يتناولُ تصرف غيره من جهة النطق، ولا من جهة العرفِ؛ لأنه ليس فى العرف: أنه إذا رضى به، أن يرضى غيره.

ويخالف الوصى؛ لأنه يجوز له أن يتصرَّف فيما لم ينصَّ عليه فى الوصية، والوكيل بخلافه: فإن وكَّل، لم تصحَّ الوكالة، وكان على وكالته.

وإن وكله فى تصرُّف، وسمَّاه، وقال للوكيل اصنعْ فيه ما شئْتَ، وكان ذلك الشيء مما يتولَّاه بنفسه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يجوزُ أن يوكل فيه غيره، لعموم قوله: «اصنع فيه ما شئْتَ» ؛ لأنه أطلق الإذْنَ، والتوكيلُ فيه داخل فى عمومه.

والثانى: لا يجوز؛ لأنَّ التوكيلَ يقتضى تصرفًا يتولاه الوكيل بنفسه، وقوله: «اصنع فيه ما شئت» يرجع إلى ما يقتضيه التوكيلُ فى تصرفه بنفسه.

فصل: وإن كان ما وكَّله فيه مما لا يتولَّاه الوكيلُ بنفسه؛ كعمل لا يحسنه بأنْ يوكِّله فى البيع والشرى، وهو ممَّنْ لا يتبذل بالتصرُّف فى الأسواق، أو يوكله فى بيع حَصير، وهو ذو منزلة رفيعةٍ؛ جاز أن يوكّل فيه غيره؛ لأن توكيله فيما لا يحسنه، أو فيما يرتفع عنه إذْنٌ فى التوكيل فيه من جهة العرف، ولأنه إذا وكَّله فيما لا يعمله الوكيلُ بنفسه فى العادة، انصرَفَ الإذن فيه إلى ما جَرَتْ به العادةُ مِنَ الاستنابة فيه.

فصل: وإن كان مما يتولَّاه بنفسه إلا أنَّه لا يَقْدِرُ على أن يفعل جميعَهُ بنفسه؛ لكثرته؛ مثل أن يفوّض إليه النظَرَ فى أمور قُرىً كثيرةٍ؛ أو شراء متاعٍ كبير فى مدَّةٍ يسيرة -: جاز له أن يوكّل فيما لا يَقْدِر عليه منه؛ لأن توكيله فيما لا يقدرُ أنْ يفعلَهُ بنفسه إِذْنٌ فى التوكيل فيه مِنْ جهة العرف. وهل يجوزُ أنْ يوكّل فى جميعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنَّ له أن يوكِّل فى جميعه؛ لأنه إذا تملَّك التوكيل فى بعضه، مَلَك فى جميعه كالموكّل.

والثانى: ليس له أن يوكل فيما يقدر عليه بنفسه للعجز؛ فبقى فيما يقدر عليه على مقتضى التوكيلِ.

فصل: وإن وكَّل نفسَيْن فى بيعٍ أو شِراءٍ أو عتقٍ أو طلاقٍ -نظَرْتَ:

فإنْ جعل التصرُّف إلى كلِّ واحد منهما على الانفرادِ؛ جاز لهما التصرُّف على الاجتماع، وجاز لكل واحد منهما أن ينفرد به؛ لأنه أذن لكلِّ واحد منهما فى التصرُّف؛ فأيهما تصرف وقع له.

فإنِ ادعى أحدهما الوكالة عند الحاكم، والموكّل والوكيل الآخر غائبان، وأقام البيِّنة على ذلك بأنْ شهد شاهدان أنَّ فلانًا الغائب وكَّل هذا، وفلانًا الغائب، وأَذِنَ لكلِّ واحد منهما أن يتصرَّف على الانفراد؛ سمع الحاكم الشهادة، وحكم له بالوكالة، وأطلق له التصرف؛ لثبوت الإذن له فيه فإنْ حضر الآخر، وادَّعى الوكالَةَ، حكَمَ له بتلك البيِّنة، وأطلق التصرُّف له -أيضًا- لأنَّه قد كان سمعها فى توكيله.

وإن أنكَر الوَكالةَ، أو عزَلَ نفسه، كان للآخر أن يتصرَّف؛ لما ذكرناه.

وإن لم يجعلْ لكلِّ واحد منهما التصرُّف على الانفراد بأنْ قال: وكَّلتكما على الاجتماعِ، أو قال: وكَّلتكما فى كذا وكذا، وأطلَقَ؛ لم يجزْ لأحدهما أن ينفرد بالتصرُّف دون الآخر؛ لأنه لم يرض فى الأوّل بتصرف أحدهما؛ فلا يجوزُ أن ينفرد به أحدهما.

والظاهر فى الثانى أنه جعَلَ لهما أن يفعلا ذلك. فإذا صَحَّ أن يجتمعا عليه، تعلَّق لهما على الاجتماعِ، فإنْ غاب أحدهما، أو مات؛ لم يكنْ للآخر أن يتصرَّف، ولا للحاكم أن يضم إليه آخر ليتصرَّفا.

ويفارق إذا مات أَحَد الوصيَّين؛ حيثُ قلنا: للحاكم أن يضيفَ إليه أحدًا؛ ليتصرَّفا؛ لأنَّ للحاكم نظرًا فى حق الميت واليتيم، ولهذا لو لم يوص الميتُ إلى أحدٍ، كان للحاكم أن يقيم أمينا، ولا ولاية للحاكم على الموكّل؛ فلا يملك أن يقيم وكيلًا فى ماله.

فإن ادَّعَى أحد الوكيلَيْن الوكالةَ عند الحاكم، والموكّل والوكيل الآخر غائبان، وأقام البيِّنة على ذلك بأنْ شهد عدلان: أنَّ فلانًا الغائب وكَّل هذا، وفلانًا الغائب فى كذا؛ سمعها الحاكمُ، وحكم له بثبوت الوكالة، ولم يكنْ له أن يتصرَّف حتى يحضر الوكيل الآخر؛ لأن الموكّل لم يرض إلا باجتماعهما معًا، فإذا حضر، وادعى الوكالة، جاز لهما التصرُّف على الاجتماعِ، ولا يحتاج إلى إعادةِ البينة؛ لأن الحاكمَ سمعها فى توكيلهما.

فإن قيلَ: فى إثبات توكيلِ الغائب الحكمُ له، والحكمُ للغائب لا يجوزُ:

قلنا: جاز تبعًا لحقِّ الحاضر؛ كما يجوز أن يحكم بالبيِّنة فى الوقت، وإن كان فيه الحُكْم لمن لم يستحق بعد؛ لأجل من يستحقه فى الحال. وإن حضر الآخر، وأنكر الوكالة؛ بطلَتْ فى حقه؛ لأنه رد الشهادة بالإنكار، ولا يكون للآخر أنْ يتصرَّف؛ لِمَا ذكرناه. وإن صدَّق البينة، وعزل نفسه؛ لم يكنْ للآخر أنْ يتصرَّف، ولا للحاكم أن يقيمَ معَهُ غيره؛ لما ذكرناه.

فصل: فإنْ وكَّل نفسَيْن فى حِفْظِ ماله، جعلاه فى حرْز لهما فى صندوقٍ أو حانوتٍ ونحو ذلك، وخرَّج أبو العباس بن سريج وجها آخر: أنه إن كان ممَّا ينقسم؛ كالحبوبِ، والأدهان، ونحو ذلك؛ جاز أن يقسماه، ويكون عند كلِّ واحد منهما نصفه، وإن لم ينقسمْ، جعلاه فى حِرْز لهما؛ كما يفعل المالكان.

والصحيح هو الأوَّل؛ لأنه تصرّف أشرك فيه بينهما؛ فلم يجزْ لأحدهما أن ينفردَ فيه ببعضه؛ كالبيع.

ويخالف المالكين؛ لأن تصرُّف المالكين بحقِّ الملك؛ ففعلا ما يقتضيه الملك، وتصرُّف الوكيلين بالإذن، والإذن يقتضى اشْتراكهما؛ ولهذا يجوز لأحد المالكين أن ينفرد ببيعِ بعضه مشاعًا، ولا يجوز لأحد الوكيلين أن ينفرد ببيع بعضه.

فصل: وإن وكَّل اثنين فى طلاقِ امرأتِهِ؛ لم يجزْ لأحدهما أن يطلّق.

وقال أبو حنيفة[1] : يجوز.

دليلنا: هو أنه تصرّف فوضه إلى اثنين، ولا يجوز لأحدهما أن ينفردَ به؛ كما لو وكَّل اثنَيْن فى بيع سِلْعة.

قالوا: لا غرض فى الاجتماع على الطلاق؛ فجاز أن ينفرد به أحدهما.

قلنا: لو كان كذلك، لَوَجَبَ إذا وكَّل رجلًا فى طلاق امرأته أن يجوز لمن لم يوكّل أن يطلّق، ولوجب إذا وكَّل اثنين فى بيعِ سلعةٍ بثمنٍ معيَّن: أن يجوزَ لكلِّ

(١) قال فى غمز عيون البصائر (٣/ ٣٥): إذا وكلهما معا - أى: الوكيلين - وكان يمكن اجتماعهما وكان يحتاج إلى الرأى، أما إذا وكلهما على التعاقب فينفرد أحدهما بالتصرف، وأما إذا كان لا يمكن اجتماعهما فينفرد أيضا بالتصرف كالخصومة، وأما ما لا يحتاج إلى الرأى كالطلاق والعتاق بغير مال فينفرد أحدهما بالتصرف .

وقال فى الإنصاف (٨/ ٤٤٥): (وإن وكل اثنين فيه - أى فى الطلاق - فليس لأحدهما الانفراد به، إلا بإذنه) . وهذا بلا نزاع .

واحد منهما أن ينفردَ به.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وكل رجلًا فى الخصومة، لم يملك الإقرار على الموكل، ولا الإبراء من دينه، ولا الصلح عنه؛ لأن الإذن فى الخصومة لا يقتضى شيئًا من ذلك.

وإن وكله فى تثبيت حق فثبته، لم يملك قبضه؛ لأن الإذن فى التثبيت ليس بإذن فى القبض من جهة النطق، ولا من جهة العرف؛ لأنه ليس فى العرف: أن من يرضاه للتثبيت يرضاه للقبض.

وإن وكله فى قبض حق من رجل، فجحد الرجل الحق، فهل يملك أن يثبته عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يملك؛ لأن الإذن فى القبض ليس بإذن فى التثبيت من جهة النطق، ولا من جهة العرف؛ لأنه ليس فى العرف: أن من يرضاه للقبض يرضاه للتثبيت.

والثانى: أنه يملك؛ لأنه يتوصل بالتثبيت إلى القبض؛ فكان الإذن فى القبض إذنًا فى التثبيت.

وإن وكله فى بيع سلعة فباعها، لم يملك الإبراء من الثمن؛ لأن الإذن فى البيع ليس بإذن فى الإبراء من الثمن.

وهل يملك قبضه، أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يملك؛ لأن الإذن فى البيع ليس بإذن فى قبض الثمن من جهة النطق، ولا من جهة العرف؛ لأنه قد يرضى الإنسان للبيع من لا يرضاه للقبض.

والثانى: أنه يملك؛ لأن العرف فى البيع تسليم للمبيع، وقبض الثمن، فحملت الوكالة عليه.

وإن وكله فى شراء عبد، فاشتراه، وسلم الثمن، ثم استحق العبد. فهل يملك أن يخاصم البائع فى درك الثمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: يملك؛ لأنه من أحكام العقد.

والثانى: لا يملك؛ لأن الذى وكل فيه هو العقد، وقد فرغ منه، فزالت الوكالة.

(الشرح) قوله: «فى تثبيت حق»[1] هو: إقراره ولزومه لزومًا لا يفارقه، ومنه

---

(١) ينظر النظم (٢/٨، ٩).

يقال: أثبته السُّقْمُ: إذا لم يفارقه، والثبت: الحجة اللازمة، وفلان ثبتٌ[1] فى الخصومة، أى: لا يَزِلُّ لسانه عند الخصومة، وقوله تعالى: ﴿لِيُثْبِتُوكَ﴾ [الأنفال: ٣٠] أى: يجرحوك جراحةً لا تقوم معها، من أثبت الرمية: إذا أصابها فلزمت مكانها ولم تقم.

الأحكام: إن وكَّل رجلًا فى الخصومة عنه، لم يملكِ الإقرار على الموكّل، ولا الإبراء من دَيْنه، ولا الصلح عنه، سواءٌ نهاه عن هذه الأمور فى عقد الوكالة، أو أطلق العقد؛ لأن الإذن فى الخصومة لا يقتضى شيئًا من ذلك.

فصل: فإن أقرَّ عليه بشىء مثل أن يدعى رجلٌ على موكّله بمال، أو أنه باعه شيئًا من أملاكِهِ، أو أنه اشترى منه شيئًا، وادعَى عليه ثمنه، فأقر به الوكيل لم يقبل إقراره على موكله، وكذلك إن ادعى هو على رجلٍ بأن لموكِّله عليه كذا وكذا؛ فقال المدعَى عليه: قد قبضه منِّى الموكّل؛ فصدقه الوكيلُ عليه؛ لم يقبلْ إقراره على موكّله بالقبض الذى صدَّق المدعَى عليه فيه، وانعزل عن الوكالة بذلك؛ وبه قال مالك، وابن أبى ليلى، وزُفَر.

وقال أبوحنيفة: يلزم الموكِّل إقرارُهُ إذا كان فى مجلس الحكمِ؛ فيما عدا الحدود، والقصاص.

دليلنا: هو أنَّ من لا يقبل إقراره فى غير مجلسِ الحكمِ، لم يقبلْ فى مجلس الحكم؛ كالوكيل فى القصاصِ، وكما لو نهاه عن الإقرارِ.

فإنْ قيلَ: لا يجوزُ اعتبارُ مجلسِ الحُكْم بغيره؛ فإنَّ الإنكار، وإقامة البيِّنة، واليمين؛ تصحُّ فى مجلس الحكم، ولا تصحُّ فى غيره.

قلنا: الإقرار مخالفٌ لهذه الأحكام؛ فإنها تختصُّ بالحاكم، وصحة الإقرار لا تختصُّ بالحاكم، فلو كان إقراره فى مجلس الحكم صحيحًا؛ كان فى غيره صحيحًا؛ كما أنَّ إقرار الموكّل لمَّا كان صحيحًا فى مجلس الحكمِ؛ كان صحيحًا فى غيره، وإنكاره، ويمينه، وإقامة البينة؛ لا يصحُّ إلا فى مجلسِ الحكمِ؛ فبطَلَ ما قالوه.

ولأنه معنى بقطع الخصومة؛ فلا يملكه بالتوكيلِ فى الخصومة؛ كالإبراء

---

(١) ينظر الصحاح (ثبت)، المصباح (ثبت) .

والصلح؛ ولأنَّ مَنْ لا تصحُّ يمينه إذا جحَدَ لم يَصِحَّ إقراره؛ كالموصى، ولا يلزم إذا أَذِنَ له فى الإقرار: أنه لا يصحُّ على أحد الوجهين.

قالوا: هو من موجبِ الخصومةِ؛ بدليلِ أن الحاكمَ يقولُ له ما يقول فيما يدعى على موكلك؛ فهو كالإنكار.

قلنا: لا نسلِّم؛ بل ينافى الخصومة، وإنما سأله ليرتب على إنكاره سماعَ البينة، والمطالبة بيمين الموكِّل؛ كما يسأل الوكيل فى القصاصِ، وإذا نهاه عن الإقرارِ - وإن لم يملك الإقرارَ، ويخالف الإنكار - فإنه موافق ما وكَّله فيه؛ ولهذا ملكه الوكيل فى القصاص والقذف، ولا يملك الإقرار.

قالوا: من ملك قبض الشىء، ملك الإقرار به؛ كالموكل.

قلنا: الوكيلُ فى الخصومة لا يملكُ القَبْضَ، وفى الوكيل فى البيع قولان، أى فى قبض الثمنِ، ثم يبطلُ بالوصى إذا ادعى على اليتيم: أنه أتلَفَ مالًا، أو جنى جناية توجبُ أَرْشًا أو ادعى عليه ببعضِ أملاكِهِ، فإنه يملكُ قبض ماله، ولا يملكُ الإقرار به، وأمَّا الموكِّل: فإنه يتصرَّف فى حق نفسه، وهذا يتصرَّف بالإذن، والإذنُ لم يتناولَ الإقرارَ؛ ولهذا يملك الموكل الإقرارَ فى غير مجلسِ الحكم، ولا يملكه الوكيل.

فصل: وإن وكَّله فى تثبيت حق، فثبَّتَهُ، لم يملكْ قبضَهُ؛ لأنَّ الإذن فى التثبيتِ ليس بإذنٍ فى القبضِ من جهة النطقِ، ولا من جهة العُرْف؛ لأنه ليس فى العرف أنَّ من يرضاه للتثبيتِ يرضاه للقَبْض.

فصل: وإن وكَّله فى قبض حقٍّ من رجلٍ، فجحد الرجل الحقَّ: فهل يملكُ أن يثبته عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يملكُ، وهو رواية عن أبى حنيفة؛ لأنَّ الإذن فى القبض ليس بإذْنٍ فى التثبيت من جهة النطقِ، ولا من جهة العرف؛ لأنه ليس فى العرفِ أنَّ مَنْ يرضاه للقبض يرضاه للتثبيتِ.

والثانى: أنه يملك؛ وهو المشهور عن أبى حنيفة؛ لأنه يتوصَّل بالتثبيت إلى القبضِ؛ فكان الإذن فى القبضِ إذنًا فى التثبيت.

وإن وكَّله فى قبضِ عَيْنٍ، فجحدها مَنْ هى فى يده -فالذى يقتضيه المذهب أنه على الوجهين فى الدَّيْن.

وقال أصحاب أبى حنيفة: ليس له أن يثبت.

دليلنا: هو أن القبض فى العَيْن كالقبض فى الدَّيْن، فإذا جاز له الخصومة فى الدَّيْن، جاز له فى العَيْن.

قالوا: هو وكيلٌ فى النقل؛ فلم يملك الإثباتَ؛ كالوكيل فى نقل الزوجة.

قلنا: هاهنا الوكالةُ فى القبضِ؛ فهو كالدَّيْن، ويخالف الزوجة؛ لأنه ليس التوكيلُ فى ذلك بقبضٍ؛ لأن يدها على نفسها.

فصل: وإنْ وكّله فى بيعِ دارٍ، أو قسمةِ نصيبٍ، أو طلبِ شفعةٍ، فنوزع فى أصلها: قال فى «الإيضاح»: لم تسمعْ خصومته فى ذلك، إلا بوكالة جديدة.

قال: وجوّز ابنُ سريج ذلك؛ لأنه يتوصّل به إلى القسمة؛ وبه قال أبو حنيفة.

ودليلنا: ما ذكرناه مِنْ أنَّ ذلك لا يتضمن التوكيلَ فى إثبات الملك؛ لأنه قد يصلحُ لأحدهما، ولا يصلح للآخر.

فصل: وإن وكّله فى بيعِ سلعةٍ بثمن فى الذمة؛ فباعها؛ لم يملكْ إبراء المشترِى من الثمن، فإنْ أبرأه منه؛ لم يصحَّ الإبراء؛ بل يكونُ الثمن باقيًا فى ذمّته.

وقال أبو حنيفة[1] يصحُ الإبراء، ويضمن الوكيلُ مثلَهُ للموكّل.

دليلنا: هو أنَّ مَنْ لا يملكُ الهبة بعد القبضِ لا يملكُ الإبراءَ قبل القبض؛ كالأب، والوصى، والعبد المأذونِ، والولى، والوكيل فى النكاح إذا أبرأ مِنَ المهر؛ ولأنه إبراء من دَيْن غيره؛ فلم يَجُزْ من غير إذنه؛ كالإبراء مِنْ سائر ديونه.

والدليل على أنه للموكّل: أنه ينفذ فيه إبراؤه، ويملكُ أن يشترى به من المشترى ما شاء، ويجبُ عليه زكاته؛ ولأنه لو ملكَ الوكيلُ الإبراء، لَمَا لَزِمه أن يغرمَ للموكّل ذلك.

قالوا: ليس فيه أكثَر من حَقّ المطالبة؛ وذلك حقٌّ للوكيل؛ لأنه من حقوقِ التوكيل، وهو يملك إسقاط حقّه؛ فملك إسقاطه كسائر ديونِهِ.

قلنا: فيه أكثر من حقّ المطالبة، وهو المال الذى يملُكُهُ، ويملك أخذ العوضِ عنه، ثم يبطل بالعبدِ المأذونِ؛ فإنَّ المطالبة له ويملكُ إسقاطَ حقّه من البضع بالطلاق، ولا يملكُ الإبراء من الثمن.

فصل: وللوكيلِ فى البيعِ أن يسلّم المبيعِ إلى المشترى؛ لأن إطلاق الوكيل فى

---

(١) ينظر بدائع الصنائع (٦/ ٢٠).

البيع يقتضى تسليم المبيع؛ لأنَّ ذلك من تمامِ البيعِ وحقوقه، وهل يملكُ قبض الثمنِ أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يملكُ قبضه؛ لأنَّ الإذْنَ فى البيع ليس بإذْنٍ فى قبض الثمنِ من جهة النطقِ، ولا من جهة العرف؛ لأنه قد يرضَى الإنسان للبيعِ ولا يرضاه للقبض.

والثانى: أنه يملكُ، وهو الصحيحُ؛ لأن العرف فى البيع تسليمُ المبيع، وقبض الثمن؛ لأن تسليمَ المبيعِ يتضمَّن تسليم ما فى مقابلته، فحمل مطلقُ الوكالة عليه.

فإن قلنا: له قبضُ الثمن، وكان حالا، لم يكنْ له أن يسلِّم المبيع إلا بقبضِ الثمنِ، فإنْ سلَّمه ولم يقبضِ الثمن، ضمنه.

وإنْ قلنا: ليس له قبض الثمن، كان له تسليم المبيعِ من غير أن يقبضَ الثمن؛ ولا يضمن الثمن بإعسارِ المشترِى؛ وكذلك إذا وكَّله فى الشراء، فاشترى؛ كان له أن يسلِّم الثمن. وهل له أن يتسلَّم المبيع؟ هو على الوجهين.

فصل: وإن وكَّله فى شراء عبدٍ، فاشتراه وسلَّم الثمن، ثمَّ استحقَّ العبد؛ فهل يملكُ الوكيلُ أن يخاصم البائع فى دَرْك الثمنِ؟ فيه وجهان:

أحدهما، يملكُ؛ لأنه من أحكام العقد.

والثانى: لا يملكُ؛ لأنَّ الذى وكِّل فيه هو العقد، وقد فرغ منه؛ فزالَتِ الوكالة.

وإن وكله فى أن يبيعَ، وأن يخاصم عنه، ويستوفى له، ويصالح عنه، ويبرئ؛ ملَكَ كلَّ ذلك؛ لأنَّ الصلح بيعٌ، والإبراء إسقاطٌ؛ فملك جميع ذلك.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وكل فى البيع فى زمان لم يملك البيع قبله ولا بعده؛ لأن الإذن لا يتناول ما قبله، ولا ما بعده من جهة النطق، ولا من جهة العرف؛ لأنه قد يؤثر البيع فى زمان لحاجة، ولا يؤثر فى زمان قبله، ولا زمان بعده.

إن وكله فى البيع فى مكان، فإن كان الثمن فيه أكثر، أو النقد فيه أجود، لم يجز البيع فى غيره؛ لأنه قد يؤثر البيع فى ذلك المكان لزيادة الثمن، أو جودة النقد، فلا يجوز تفويت ذلك عليه، وإن كان الثمن فيه وفى غيره واحدًا، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يملك البيع فى غيره؛ لأن المقصود فيهما واحد، فكان الإذن فى أحدهما إذنًا فى الآخر.

والثانى: لا يجوز؛ لأنه لما نص عليه دل على أنه قصد عينه، لمعنًى هو أعلم به

من يمين وغيرها، فلم تجز مخالفته.

(فصل) وإن وكله فى البيع من رجل، لم يجز أن يبيع من غيره؛ لأنه قد يؤثر تمليكه دون غيره، فلا يكون الإذن فى البيع منه إذنًا فى البيع من غيره.

وإن قال: خذ مالى من فلان فمات، لم يجز أن يأخذ من ورثته؛ لأنه قد لا يرضى أن يكون ماله عنده، ويرضى أن يكون عند ورثته، فلا يكون الإذن فى الأخذ منه إذنًا فى الأخذ من ورثته.

وإن قال: خذ ما لى على فلان فمات، جاز أن يأخذ من ورثته؛ لأنه قصد أخذ ماله، وذلك يتناول الأخذ منه، ومن ورثته.

وإن وكل العدل فى بيع الرهن، فأتلفه رجل، فأخذت منه القيمة، لم يجز له بيع القيمة؛ لأن الإذن لم يتناول بيع القيمة.

(فصل) وإن وكل فى بيع فاسد، لم يملك الفاسد؛ لأن الشرع لم يأذن فيه، ولا يملك الصحيح؛ لأن الموكل لم يأذن فيه.

(الشرح) الأحكام: إن وكّل بالبيع فى زمانٍ، لم يملكِ البيعَ قبله ولا بعده؛ لأنَّ الإذن لا يتناولُ ما قبله ولا ما بعده مِنْ جهة النطق، ولا من جهة العرفِ؛ لأنه قد يريد البيعَ فى زمانٍ لحاجة، ولا يريد فى زمان قبله، ولا فى زمان بعده.

فصل: وإن وكَّل فى البيع فى مكانٍ.

فإنْ كان الثمن فيه أكثَرَ، والنقدُ فيه أجوَدَ - لم يجزِ البيعُ فى غيره؛ لأنه قد يريد البيعَ فى ذلك المكانِ؛ لزيادة الثمن، أو جودةِ النقد؛ فلا يجوزُ تفويتُ ذلك عليه.

وإن كان الثمنُ فيه وفى غيره مِنَ الأسواقِ واحدًا، وكان أَذِنَ له فى البيع بمائةٍ - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يملكُ البيعَ فى غيره؛ لأنَّ المقصودَ منهما واحدٌ؛ فكان الإذنُ فى أحدهما إذْنا فى الآخر.

والثانى: لا يجوز؛ لأنَّه لمَّا نصَّ عليه، دَلَّ على أنه قصد عينه لمعنى هو أعلَمُ به من يمين حلف أن يكون البيعُ فيه، وغير ذلك؛ فلم تجز مخالفتُهُ.

فصل: وإنْ وكَّله فى البيعِ من رجلٍ بعينه، لم يجزْ أن يبيع من غيره، سواء قدّر الثمن أو أطلق؛ لأنه قد يؤثِّر بملكه دون غيره؛ فلا يكونُ الإذن فى البيعِ منه إذنًا فى البيع من غيره.

فصل: وإن قال: خذْ مالى، أو قال: خذ حقِّى من فلان، فمات الذى عليه الحقُّ، لم يَجُزْ أن يأخذه مِنْ ورثته؛ لأنه قد لا يرضَى أن يكون مالُهُ عنده، ويرضى أن يكونَ عند ورثتِهِ؛ فلا يكونُ الإذنُ فى الأخذ منه إذنًا فى الأخذِ من ورثته.

وإن قال: خذ مالى على فلان من كذا وكذا؛ فمات الذى عليه ذلك؛ جاز أن يأخذ مِنْ ورثته؛ لأنه قصد هاهنا أَخْذَ ماله؛ وذلك يتناوُلُ الأَخْذَ منه ومن ورثته.

فإن قيل: أليس لو قال: «خذ حقى من فلان» ؛ فوكل فلانٌ فى دفع الحقِّ إليه وكيلا، جاز له أن يأخذه منه، فهلا جاز له أخذه من الوارثِ؟

قيل: الوكيل إذا سلَّمه بإذنه، صار كأنه أخذه من الموكّل؛ لأنه أقامه مقامَ نفسه، والوارث انتقل الحقّ إليه، وتوجهتِ المطالبةُ عليه؛ فلم يتناولِ الإذن.

فصل: وإن وكّل الراهن العدل فى بيع الرَّهْنِ؛ فأتلفه إنسان؛ فأخذت منه القيمة؛ لم يجزْ للعدل بيع القيمة؛ لأنَّ الإذنَ لم يتناولْ بيع القيمة.

فصل: وإن وكَّل وكيلًا فى بيع فاسد مثل أن يقول: وكَّلتك فى أن تبيعَ عبدى هذا بكذا وكذا، إلى العطاءِ، أو إلى الحصادِ، ونحو ذلك؛ لم يملكِ البيعَ الفاسد؛ لأنَّ الشرع لم يأذن فيه، ولا يملك البيع الصحيح؛ لأن الموكل لم يأذن فيه؛ فإنْ باع بيعًا صحيحًا؛ لم يجزْ.

وقال أبو حنيفة[1] : يجوز.

دليلنا: هو أنه توكيلٌ فى بيع فاسد؛ فلا يملك به بيعًا صحيحًا؛ كما لو وكَّله فى البيع بخمرٍ أو خنزيرٍ؛ فباعه بدراهم أو دنانير؛ فإنه لا يجوز ولأنه لو أَمَرَهُ بالصحيحِ، لم يملكْ بيعًا فاسدًا؛ فكذلك إذا أمره بالفاسدِ، لم يملكْ بيعًا صحيحًا.

قالوا: أمره ببيع يوجبُ الملك، ولم يشترطْ شرطًا يمنعُ الملك، وباع بيعًا صحيحًا، ولم يخالفه فى جنس الثمن؛ فأشبه إذا أمره ببيعٍ صحيحٍ.

قلنا: لا نسلِّم أن الفاسد يوجبُ الملك، ولأنه -وإن لم يخالفه فى جنس الثمن- إلا أنه خالفَهُ فى صفة العقدِ؛ فصار كما لو خالفه فى جنس الثمنِ.

---

(١) وافقنا الحنابلة؛ فقد قال فى كشاف القناع (٣/ ٤٨٢): (وإن وكله فى بيع فاسد كشرطه) أى الموكل (على وكيل ألا يسلم المبيع، لم يصح) التوكيل (ولم يملكه) أى البيع الفاسد؛ لأن الله - تعالى - لم يأذن فيه، ولأن الموكل لا يملكه فوكيله أولى، وقوله: كشرطه على وكيل ألا يسلم المبيع، تشبيه للشرط الفاسد بالبيع الفاسد فى أنه لا يصح التوكيل فيه .

ويخالف إذا علّق الوكالة على شرط؛ فباعه؛ لأن هناك الإذن وجد فى بيع صحيحٍ، وهاهنا وجد فى بيع فاسد.

فإنْ قالوا: الموكّل يملك الإذن بالبيع الصحيحِ، ولا يملك الإذن بالبيع الفاسد، فإذا قال: بعه إلى العطاءِ؛ تضَمَّن هذا إذنًا بالبيع، وإذنًا بالشرط الفاسد؛ فوجب أن يصحَّ إذنه فيما يملك دون ما لا يملك؛ كما لو قال: بع عبدى هذا، وعبد زيد، صح إذنه فيما يملك دون الآخر.

قلنا: يبطلُ هذا بالموكّل نفسه؛ فإنه يملك البيع، ولا يملك الشرط المجهول فيه، ثمَّ لو باعه إلى العطاءِ، بطَلَ الجميع، ثم لنا فى الأصل قولان: إن قلنا: لا تفرّق الصفقة؛ بَطَلَتِ الوكالة فى الجميعِ. وإن قلنا: تفرّق؛ صحتْ فى عبده دون الآخر؛ فعلى هذا المعنى فى الأصل أنَّ الفساد لم يتعلّق بالمأذون فى بيعه، وهاهنا تعلق الفساد به؛ فافترقا.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وكل فى بيع سلعة، لم يملك بيعها من نفسه من غير إذن؛ لأن العرف فى البيع أن يوجب لغيره، فحمل الوكالة عليه، ولأن إذن الموكل يقتضى البيع ممن يستقصى فى الثمن عليه، وفى البيع من نفسه لا يستقصى (عليه) فى الثمن، فلم يدخل فى الإذن.

وهل يملك البيع من ابنه، أو مكاتبه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يملك، وهو قول أبى سعيد الإصطخرى؛ لأنه يجوز أن يبيع منه ماله، فجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبى.

والثانى: لا (يملك)[1] ، وهو قول أبى إسحاق؛ لأنه متهم فى الميل إليهما، كما يتهم فى الميل إلى نفسه، ولهذا لا تقبل شهادته لهما، كما لا تقبل شهادته لنفسه.

فإن أذن له فى البيع من نفسه، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ كما يجوز أن يوكل المرأة فى طلاقها.

والثانى: لا يجوز، وهو المنصوص؛ لأنه يجتمع فى عقده غرضان متضادان: الاستقصاء للموكل، والاسترخاص لنفسه فتمانعا، ويخالف الطلاق، فإنه يصح بالزوج وحده، فصح بمن يوكله، والبيع لا يصح بالبائع وحده، فلم يصح بمن

(١) فى ط: لا يجوز.

يوكله.

(الشرح) الأحكام: إن وكَّل وكيلًا فى بيع سلعة، لم يملكْ بيعها من نفسه من غير إذن. وإن وكَّله فى شراء سلعة؛ لم يملكْ أن يشتريها من نفسه لموكّله من غير إذنٍ، وكذلك الوصى والحاكم فيما ينظرون فيه لغيرهم.

وقال الأوزاعىُّ: يجوز للجميع ذلك، وحكى عن مالك مثله.

وقال أبو حنيفة[(١)] : يجوز للوصى ذلك؛ إذا اشتراه بأكثَرَ من ثمن المثل.

دليلنا: هو أنَّ العرف فى البيع أن يوجبَ لغيره؛ فحمل مطلق الوكالة عليه، ولأنَّ الإذن للوكيل فى البيع يقتضى البيعَ ممَّنْ يستقصى عليه فى الثمنِ، وفى البيع مِنْ نفسه لا يستقصى فى الثمن؛ فلم يدخلْ فى الإذن.

قالوا: الوصى نائبٌ عن الأب؛ فإذا جاز ذلك للأب؛ جاز ذلك للنائبِ عنه.

قلنا: من عدا الأب، والجد تلحقه التُّهمة، ويتنافى الغرضان فى بيعِهِ من نفسه؛ فلم يجزْ، ويخالف الأب والجد؛ لأنَّ فى طباعهما من الشفقة ما يؤمنُ معه ذلك.

قالوا: إذا اشترى الوصى بأكثر من ثمنِ مثلِهِ؛ فقد قرب مال اليتيم بالتى هى أحسن؛ فوجب أن يجوز.

قلنا: الوصى يلى بتوليه؛ فأشبه الوكيل؛ فإنه لا يجوز له ذلك عندنا، وعند أبى حنيفة، وقال زفر: لا يجوز ذلك للأب والجد - أيضًا - لأنَّ حقوقَ العقد تتعلَّق بالعاقدين؛ فلا يصحُّ أن يتعلَّق به حكمان متضادان؛ فأشبه الوكيلَ، والوصى؛ وهذا غلطٌ لأنه يلى بنفسه بمطلق الشرعِ؛ فجاز أن يتولَّى شطرى العقدِ؛ كالجَدِّ فى تزويجِ بنت ابنه من ابن ابنه.

---

(١) وأما الحنابلة فعندهم (لا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع لنفسه) هذا المذهب، وعليه الجمهور . وجزم به فى الوجيز، وغيره، وصححه فى المذهب وغيره . وقدمه فى الخلاصة، والمحرر، والرعايتين، والحاويين، والفروع، والفائق، وغيرهم . واختاره أبو الخطاب، والشريف، وابن عقيل، والخرقى، وغيرهم . وعنه: يجوز؛ كما لو أذن له، على الصحيح، إذا زاد على مبلغ ثمنه فى النداء، واختاره ابن عبدوس فى تذكرته، أو وكل من يبيع . حيث جاز التوكيل . وكان هو أحد المشتريين . وكذا قال فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم . وقدمه فى الفائق
وقال فى المحرر: وعنه له البيع من نفسه إذا زاد على ثمنه فى النداء . وقال فى الفروع: وعنه: يصح أن يبيع من نفسه إذا زاد على ثمنه فى النداء . وقيل: أو وكل بائعا . وهو ظاهر ما نقله حنبل . انتهى .

فإذا ثبت هذا: فلا يجوزُ أن يبيع، أو يشترى لولده الصغير، ولا لمن يلى عليه بوصيَّة؛ لأنه يكونُ هو الموجب والقابل؛ فلا يصح؛ كما لو عقده لنفسه، وكذلك لا يجوزُ أن يبيعه من عبد له قد أذن له فى التجارة، ولا أن يبيعه للشريكِ فى مالِ الشركةِ؛ لأنَّ بيعه لموكّله يقتضى الاستقصاء، وبيعه لعدوّ شريكه يقتضى خلافَ ذلك؛ فيتضادان.

فصل: وهل يملكُ البيع من أبيه، أو ولده الكبيرِ، أو مكاتبه؟. فيه وجهان:

أحدهما: أنه يملكُ ذلك؛ وهو قولُ أبى سعيد الإصطخرىّ؛ لأنه يجوز أن يبيعَ منه ماله؛ فجاز أن يبيع منه مال موكله؛ كالأجنبى.

والثانى: لا يجوز؛ وهو قول أبى إسحاق المروزىّ؛ وبه قال أبو حنيفة[1]؛ لأنه متهمٌ فى الميل إليهما؛ كما يتهم فى الميل إلى نفسه؛ ولهذا لا تقبلُ شهادته لهما؛ كما لا تقبل شهادته لنفسه.

فصل: فإنْ أَذِنَ للوكيلِ فى البيعِ من نفسه - ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ كما يجوز للزوجِ أن يوكّل المرأة فى طلاقها، ولأنَّ المنع منه كان لأجْلِ أن قوله «بع» اقتضى أن يبيعه لغيره، فإذا أَذِنَ له، زال مقتضى اللفظ؛ فهو كما لو أَذِنَ له بثمن مؤجَّل أو بغير نقد البلد.

---

(١) قال فى المبسوط (١٢/ ٢١٤): قال أبو حنيفة: الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه وابنه؛ للتهمة، ولا تهمة فى بيعه من الأجنبى بقليل القيمة؛ لأن ما يستوفى من الثمن يسلمه إلى الآمر قل أو كثر، وبه فارق الوكيل بالشراء فهناك التهمة متمكنة اشتراه لنفسه فلما علم بالغبن أراد أن يلزمه الآمر، ولأن الوكيل بالشراء كما يستوجب الثمن فى ذمة نفسه يوجب لنفسه مثله فى ذمة الآمر، والإنسان متهم فى حق نفسه؛ فلا يملك أن يلزم ذمة الآمر الثمن ما لم يدخل فى ملكه بإزائه ما يعدله؛ ولهذا لو قال: اشتريت وقبضت الثمن وهلك فى يدى فهات الثمن، فإنه لا يقبل قوله، بخلاف الوكيل بالبيع؛ فإنه لو قال: بعت وقبضت الثمن وهلك عندى، كان القول قوله، ولأن أمره بالشراء يلاقى ملك الغير وليس للإنسان ولاية مطلقة فى ملك الغير فلا يعتبر إطلاق أمره فيه، بخلاف البيع؛ فإن أمره يلاقى ملك نفسه وله فى ملك نفسه ولاية مطلقة، ولأن اعتبار العموم والإطلاق فى الوكيل بالشراء غير ممكن؛ لأنه لو اعتبر ذلك اشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال، ونحن نعلم أنه لم يقصد ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير، وفى جانب البيع اعتبار العموم والإطلاق ممكن؛ لأنه لا يتسلط به على شىء من ماله سوى المبيع الذى رضى بزوال ملكه، وهذا بخلاف الأب والوصى؛ لأن ولايتهما مقيدة بالأنظر والأصلح ولا يوجد فى البيع بالغبن الفاحش .

والثانى: لا يجوزُ، وهو المنصوص والأصحُّ؛ لأنه مجتمعٌ فى عقد واحد عوضان متضادَّان: الاِستقصاء للموكّل، والاسترخاص لنفسه؛ فتمانعا.

ويخالف الطلاق؛ فإنه يصحُّ بالزوجِ وحده؛ فَصَحَّ لمن وكَّله فيه، والبيع لا يصح بالبائع وحده؛ فلم يصح لمن يوكّله فيه، فإنْ أَذِن له أن يبيعَ مِنْ أبيه، أو ولده الكبيرِ، أو مكاتَبه، جاز وجهًا واحدًا؛ لأن التهمة انتفت؛ والقابل غير الموجب.

وإن قال: وكَّلتك أن تهب هذا الثوب لفلان، وإن أردت أن تهبه لنفسك، فافعل ففيه وجهان، وتوجيههما: ما ذكرناه فيه إذا أَذِنَ له أن يبيع من نفسه.

فصل: وإن وكَّل رجلًا فى بيع عبده، ووكله آخر فى شرائه لم يصحَّ؛ لأنه عقد يجتمعُ فيه عرضان متضادَّان؛ فلم يصحَّ التوكيل فيه؛ كالتوكيل فى البيع إذا أراد أن يشتريَهُ لنفسه من غير أن يأذَنَ له فيه.

وقيل: فيه وجهان، وليس بشىء.

فصل: وإن وكَّل وكيلًا فى خصومة رجلٍ، ووكله الرجل - أيضًا - فى خصومة الموكّل - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنه توكيل فى أمر يجتمع فيه عرضان متضادَّان، فلم يصحَّ؛ كما لو وكَّله أحدهما فى بيع عبده، ووكَّله الآخر فى شرائه.

والثانى: يصحُّ؛ لأنه لا يتهمُ فى إقامة الحُجَّة لكلٍّ واحد منهما، مع حضور الحاكم.

فصل: وإن دفع له مالًا، وقال: تصدَّق به وضَعْهُ حيثُ شئْتَ، وفى نفسك. ففيه الوجهان فى التوكيلِ فى إبرائه نفسَهُ ممَّا عليه من الدَّيْن:

أحدهما: يجوز أن يتصدَّق به على نفسه.

والثانى: لا يجوز.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وكل رجلاً فى بيع عبد ووكله آخر فى شرائه لم يصح لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان، فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه.

وإن وكله فى خصومة رجل ووكله رجلٌ فى خصومته، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه توكيل فى أمر يجتمع فيه غرضان متضادان، فلم يصح، كما لو وكله أحدهما فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه.

والثانى: يصح، لأنه لا يتهم فى إقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم

فإن وكل عبدًا لرجل ليشترى له نفسه أو عبدًا غيره من مولاه ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأنه لما جاز توكيله فى الشراء من غير مولاه جاز توكيله فى الشراء من مولاه.

والثانى: لا يجوز؛ لأن يد العبد يد كيد المولى، ولهذا يحكم له بما فى يد العبد كما يحكم له بما فى يده. ثم لو وكَّل المولى فى الشراء من نفسه لم يجز فكذلك إذا وكل العبد.

وإن وكل فى شراء سلعة موصوفة، لم يجز أن يشترى معيبًا؛ لأن إطلاق البيع يقتضى السلامة من العيب، ولهذا لو اشترى عينًا فوجد بها عيبًا؛ ثبت له الرد.

فإن اشترى معيبًا، نظرت: فإن اشتراه وهو يعلم أنه معيب، لم يصح الشراء للموكل؛ لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه، فلم يصح له.

وإن اشتراه، وهو لا يعلم أنه معيب، ثم علم؛ لم يخل إما أن يرضى به، أو لا يرضى، فإن لم يرض به؛ نظرت: فإن علم الموكل ورضى به، لم يجز للوكيل رده؛ لأن الرد لحقه، وقد رضى به، فسقط.

وإن لم يعلم الموكل، ثبت للوكيل الرد؛ لأنه ظلامة حصلت بعقده، فجاز له رفعها، كما لو اشترى لنفسه.

فإن قال له البائع: أخر الرد حتى تشاور الموكل، فإن لم يرض قبلته، لم يلزمه التأخير؛ لأنه حق تعجل له، فلم يلزمه تأخيره، وإن قبل منه، وأخره بهذا الشرط، فهل يسقط حقه من الرد؟ فيه وجهان:

أحدهما: يسقط؛ لأنه ترك الرد مع القدرة.

والثانى: لا يسقط؛ لأنه لم يرض بالعيب، فإن ادعى البائع أن الموكل علم بالعيب، ورضى به فالقول قول الوكيل مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرضا، فإن رضى الوكيل بالعيب، سقط خياره، فإن حضر الموكل، ورضى بالعيب، استقر العقد.

وإن اختار الرد؛ نظرت: فإن كان قد سماه الوكيل فى الابتياع، أو نواه، وصدقه البائع، جاز أن يرده؛ لأن الشراء له، وهو لم يرض بالعيب، وإنما رضى وكيله، فلا يسقط حقه من الرد، وإن لم يسمه الوكيل فى الابتياع، ولا صدقه البائع: أنه نواه، فالمنصوص: أن السلعة تلزم الوكيل؛ لأنه ابتاع فى الذمة للموكل ما لم يأذن فيه له.

ومن أصحابنا من قال: يلزم الموكل؛ لأن العقد وقع له، وقد تعذر الرد بتفريط

الوكيل فى ترك الرد، ويرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب؛ لأن الوكيل صار كالمستهلك له بتفريطه.

وفى الذى يرجع به وجهان:

أحدهما: وهو قول أبى يحيى البلخى: أنه يرجع بما نقص من قيمته معيبًا عن الثمن، فإن كان الثمن مائةً، وقيمة السلعة مائة؛ لم يرجع بشىء، وإن كان الثمن مائةً، وقيمة السلعة تسعين، رجع بعشرة؛ كما نقول فى شاهدين شهدا على رجل أنه باع سلعةً بمائة، فأخذت منه، ووزن له المشترى الثمن، ثم رجع الشهود عن الشهادة؛ فإن الحكم لا ينقض، ويرجع البائع على الشهود بما نقص من القيمة عن الثمن، فإن كان الثمن، والقيمة سواء؛ لم يرجع عليهم بشىء وإن كانت القيمة مائةً، والثمن تسعون، رجع بعشرة.

والثانى: أنه يرجع بأرش العيب، وهو الصحيح؛ لأنه عيب فات الرد به من غير رضاه، فوجب الرجوع بالأرش.

وإن وكل فى شراء سلعة بعينها، فاشتراها، ووجد بها عيبًا، فهل له أن يرد من غير إذن الموكل؟ فيه وجهان:

أحدهما: له أن يرد؛ لأن البيع يقتضى السلامة من العيب، ولم يسلم من العيب، فثبت له الرد، كما لو وكل فى شراء سلعة موصوفة، فوجد بها عيبًا؛ فعلى هذا يكون حكمه فى الرد على ما ذكرناه فى السلعة الموصوفة.

والثانى: لا يرد من غير إذن الموكل؛ لأنه قطع نظره واجتهاده بالتعيين.

(الشرح) الأحكام: إن وكَّل وكيلًا فى شراء سلعةٍ موصوفةٍ، لم يجزْ أن يشترى معيبًا.

وقال أبو حنيفة: يجوزُ أن يشترى الأعمَى والمقعد والمقطوع اليدَيْن والرجلين.

دليلنا: هو أنَّ إطلاق الشراء يقتضى سلامةَ شراء المبيع من العيب؛ ولهذا لو اشترَى عينًا؛ فوجد بها عيبًا؛ ثبَتَ له الردُّ.

فإذا ثبت هذا، قلنا: هذا عدلٌ عمَّا يقتضيه إطلاقُ الإذنِ؛ فأشبه إذا قال له: اشترِ لى عبدًا، فاشترَى أمةً.

قالوا: الإذَن عام؛ فاقتضى جوازَ ذلك.

قلنا: إلا أن العرف يخصُّه؛ فحمل على ما يقتضيه العرف.

فصل: فإنِ اشترَى معيبًا - نظَرْتَ:

فإن اشتراه يعلَمُ أنَّه معيبٌ، لم يصحَّ الشراء للموكّل؛ لأنه اشترى له ما لم يأذَنْ له فيه؛ فلم يصحَّ الشراء له.

فصل: وإن اشتراه، وهو لا يعلم أنه معيبٌ، ثم علم أنه معيبٌ، فالبيعُ صحيحٌ؛ لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح، والعقد وقع فى الظاهر على الصحَّة؛ فلا يؤثِّر خروجه معيبًا فى صحَّة العقد؛ كما لو اشتراه لنفسه؛ فوجد به عيبًا، ثم لم يخل: إمَّا أن يرضى به الوكيلُ، أو لا يرضى.

فإن لم يرضَ به - نظَرْتَ:

فإن علم الموكّل بالعيبِ، ورضى به، لم يجزْ للوكيل رده؛ لأن الرد ثبت لحق الموكل، وقد رضى به فسقط، ويخالف المقارض حيث له ردُّ المعيب، وإن رضى به ربُّ المال؛ لأن له حقًّا فى ذلك؛ فلا يسقطُ برضا غيره. وإن لم يعلَمِ الموكّل، ثبت للوكيل الردُّ.

وحكى عن ابن أبى ليلى[(١)] : أنه قال: لا يردُّ إلا بإذن الموكّل؛ لأنه وكّله فى

---

(١) أما عند الحنفية فقد قال فى البحر الرائق (٧/ ١٥٥): (قوله وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع فى يده) لأنه من حقوق العقد وهى كلها إليه ولوارثه أو وصيه ذلك بعد موته، فإن لم يكونا فللموكل وكذا الوكيل بالبيع، كذا فى الخلاصة أطلقه فشمل ما إذا كان رده بإذن الموكل أو بغير إذنه، وأشار بكون الرد له إلى أنه لو رضى بالعيب فإنه يلزمه، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل وقبل أن يلزم الوكيل إذا هلك يهلك من الموكل، كذا فى البزازية، وإلى أن الرد عليه لو كان وكيلا بالبيع فوجد المشترى بالمبيع عيبا ما دام الوكيل حيا عاقلا من أهل لزوم العهدة، فإن كان محجورا يرد على الموكل، وفى شرح الطحاوى: إذا وجد المشترى فيما اشتراه عيبا رجع بالثمن على الوكيل إن كان نقده الثمن، وإن كان نقده من الموكل، أخذه من الموكل ولم يذكر ما إذا نقد الثمن إلى الوكيل ثم أعطاه هو إلى الموكل ثم وجد المشترى عيبا يرده على الوكيل أم الموكل؟ أفتى القاضى أنه يرده على الوكيل كذا فى البزازية وإلى أن الموكل أجنبى فى الخصومة بالعيب، فلو أقر الموكل بالعيب وأنكره الوكيل فإنه لا يلزم الوكيل ولا الموكل شئ؛ لأن الخصومة فيه من حقوق العقد والموجب أجنبى فيه وإلى أن إقرار الوكيل يوجب رده عليه ولو أنكره الموكل، لكن إقراره صحيح فى حق نفسه لا فى حق الموكل لانتهاء وكالته بالتسليم فلا يكون قوله ملزما على الموكل إلا أن يكون عيبا لا يحدث مثله فى تلك المدة للقطع بقيام العيب عند الموكل وإن أمكن حدوث مثله فى المدة لا يرده على الموكل إلا ببرهان على كونه عند موكله، وإلا يحلفه فإن نكل رده وإلا لزم الوكيل كذا فى البزازية أيضا .

قوله: ولو سلمه إلى الآمر لا يرده إلا بأمره) لأنه انتهى حكم الوكالة، ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه؛ ولهذا كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده، وفى جامع الفصولين: الوكيل إذا قبض الثمن لا =

العقد لا في الرد، وهذا غلطٌ؛ لأنها ظُلَامةٌ حَصَلَتْ بعقده؛ فجاز له دفعها من غير إذنه؛ كما لو اشتراه لنفسه، ولأنَّه إذا أخَّر الردَّ حتى يحضر الموكّل، لم يأمن فواتَ الردِّ بهرب البائعِ، أو فوات الثمن بتلفه.

وإن قال له البائع: أخِّر الرد حتى تستأذن الموكّل، فإن لم يرضَ به، قبلته، لم يلزمِ الوكيل تأخير الردّ؛ لأن حقه تعجَّل؛ لما ذكرناه؛ فلم يلزمه تأخيره.

فإن قبل منه الوكيلُ، وأخر الردّ بهذا الشرط، وخرج إلى الموكّل، وأعلمه؛ فلم يرضَ بالعيب؛ فهلْ يسقطُ حقّ الوكيل من الردِّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يسقطُ حقُّه من الردِّ؛ لأنه ترك الردَّ مع القدرة عليه.

قلت: فعلى هذا: إن حضر البائعُ، واختار الردَّ، كان له الردُّ؛ لما سيأتي بيانه.

والثاني: لا يسقطُ؛ لأنه لم يرضَ بالعيبِ؛ لأنه ترك الردَّ على ذلك والبائع قد رضي بالردِّ.

فإن قال البائع: لا تردُّ، لعلَّ الموكّل قد علم بالعيب، ورضي به، أو يرضى به إذا علمه، لم يلزمه أن يتركَ الردَّ لذلك؛ لأن الأصلَ عدمُ الرضا، ولا يأمن إن ترك الردّ لزومَهُ في حق نفسه.

ونظيرُهُ: أن يبيع شيئًا لموكّله، ويطالب المشترى بالثمن، فيقول: لا تطالبنى لعَلَّ صاحبك أبرأنى؛ فلا يلزمه أن يترك مطالبته بذلك، ولا يكون عليه الثمن - أيضًا - لأنه لو قال: صدقت، يجوز أن يكون الأمر على ما ذكرت، لم يسقطْ ردُّه؛ فلا يلزمه اليمين - أيضًا - وإن ادعى أن موكله قد رضى بذلك، فالقولُ قولُ الوكيل؛ لأن الأصل عدمُ الرضا؛ وعليه اليمين بالله: أنه لا يعلم أن الموكّل رضى به.

وحكى عن أبى حنيفة: أنَّ القولَ قوله بلا يمينٍ.

دليلنا: هو أن ما ادعاه البائعُ من الرضا ممكنٌ، ولو صدَّقه فيه؛ لسقط به ردّه، وإذا رده، ثم حضر الموكل، وقال: كنتُ علمتُ بالعيب، ورضيته، لزمه البيعُ، ولا يؤثر رد الوكيل فى لزومه، ولا يلزمه اليمين فى ذلك؛ لأن البائع يصدِّقه فى أن الوكيل ردَّ عليه، وهو لا يستحقُّ الرد.

= يملك الإقالة إجماعا . اهـ . وقيد بالعيب؛ لأنه لو وكله ببيع متاعه فباعه بيعا فاسدا وسلمه وقبض الثمن، وسلمه إلى الموكل - فله أن يفسخ البيع ويسترد الثمن من الموكل بغير رضاه لحق الشرع، كذا فى القنية .

وإن رضى الوكيلُ بالعيب؛ سقط خياره، فإن حضر الموكّل، ورضى بالعيب؛ استقرَّ العقد، وإن اختار الردَّ - نظرت:

فإن كان الوكيلُ قد سمى الموكّل فى حال الشراء، أو نواه، وصدق البائع المشترى بأنه نواه - جاز أن يردَّه لأن الشراء وقع له، ودخل فى العقد على أن لكلّ واحد منهما الاختيارَ فى الردِّ، والموكل لم يرضَ بالعيب، وإنما رضى وكيله؛ فلم يسقط حقُّه من الرد بترك الوكيلِ، وتفريطه، وإن لم يسمه الوكيلُ فى حالِ الابتياعِ، ولا صدَّقه البائعُ: أنه نواه فى حال الشراء فالقول قولُ البائع مع يمينه بالله - تعالى - أنه لا يعلَمُ أنه اشتراه لموكّله، ويسقط الردُّ؛ لأن الظاهر فيمن اشترى شيئًا مطلقا: أنه اشتراه لنَفْسِهِ، فإنْ حلف البائعُ: فالمنصوصُ للشافعى أن السلعةَ تلزم الوكيلَ دون الموكّل، ويلزمه غرامة الثمن؛ لأنه اشترى فى الذمّة للموكّل ما لم يأذن فيه؛ لأنه حين لم يسمّ الموكل فى العقد، اقتضى أن يكونَ الثمن فى ذمته دون ذمّة الموكل؛ فوقع الشرى له دون الموكّل؛ فلزمه غرامة ما دفعه إليه.

ومِنْ أصحابنا من قال: يلزم الموكِّلَ؛ لأنَّ العقد وقع بالنيّة له، وقد تعذر الردُّ بتفريط الوكيل فى ترك الردِّ، ويرجع الموكّل على الوكيل بنقصانِ العيبِ؛ لأن الوكيل صار كالمستهلك له بتفريطه.

فعلى هذا: فى الذى يرجع به عليه وجهان:

أحدهما - وهو قول أبى يحيى البلخى -: أنه يرجعُ بما نقص من الثمن، فإن كان الثمنُ مائة، وقيمة السلعة مائة - لم يرجعْ بشىء، وإن كان الثمن مائة، وقيمة السلعة تسعين - رجع بعشرة؛ كما نقولُ فى شاهدَيْن شهدا على رجل: أنه باعَ سِلْعةً بمائة، وأخذتْ منه، ووزن المشترى له الثمن، ثم رجع الشهود عن الشهادة: فإن الحكم لا ينقضُ، ويرجع البائع على الشهودِ بما نقَصَ من قيمتِهِ من الثمنِ. وإن كانَتِ القيمةُ والثمَنُ سواءً، لم يرجعْ عليهما بشىء، وإن كانتِ القيمةُ مائةً، والثمن تسعين - رجع بعشرة.

والثانى: أنه يرجع بأرشِ العيبِ، وهو الصحيحُ؛ لأنه عيبٌ فات الردُّ به من غير رضاه؛ فوجب الرجوعُ بالأرش.

فصل: وإن وكّله فى شراء سلعة بعينها؛ فاشتراها، ووجد بها عيبًا، فهل للوكيلِ أن يردَّ من غير إذنِ الموكّل؟ فيه وجهان:

أحدهما: له أن يردَّ؛ لأن إطلاقَ الإذنِ فى الشراء؛ يقتضى سلامة المبيع من العيب، ولم يسلم من العيبِ؛ فثبَتَ له الردُّ من غير إذنه؛ كما لو وكَّله فى شراء سلعة موصوفة؛ فوجد بها عيبًا: فإنَّ له الردَّ؛ فعلى هذا: يكونُ الحكمُ فى الرد على ما ذكرناه فى السلعة الموصوفة.

والثانى: أنه لا يردُّ من غير إذن الموكّل؛ لأنه قطع نظره واجتهاده بالتعيين؛ فلم يكنْ له الردُّ بغير إذنه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وكل فى بيع عبد، أو شراء عبد، لم يجز أن يعقد على بعضه؛ لأن العرف فى بيع العبد وشرائه أن يعقد على جميعه، فحمل الوكالة عليه، ولأن فى تبعيضه إضرارًا بالموكل، فلم يملك من غير إذن.

وإن وكل فى شراء أعبد، أو بيع أعبد؛ جاز أن يعقد على واحد واحد؛ لأن العرف فى العبيد أن تباع وتشترى واحدًا واحدًا، ولأنه لا ضرر فى إفراد بعضهم عن بعض.

وإن وكله أن يشترى له عشرة أعبد صفقةً واحدةً، فابتاع عشرة أعبد من اثنين صفقةً واحدةً؛ ففيه وجهان:

قال أبو العباس: يلزم الموكل؛ لأنه اشتراهم صفقةً واحدةً.

ومن أصحابنا من قال: لا يلزم الموكل؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان.

(فصل) ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع بغير نقد البلد من غير إذن، ولا للوكيل فى الشراء أن يشترى بغير نقد البلد من غير إذن؛ لأن إطلاق البيع يقتضى نقد البلد، ولهذا لو قال: بعتك بعشرة دراهم، حمل على نقد البلد.

وإن كان فى البلد نقدان، باع بالغالب منهما؛ لأن نقد البلد هو الغالب، فإن استويا فى المعاملة، باع بما هو أنفع للموكل؛ لأنه مأمور بالنصح له، ومن النصح أن يبيع بالأنفع، فإن استويا، باع بما شاء منهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، فخير بينهما.

وإن أذن له فى العقد بنقد، لم يجز أن يعقد بنقد آخر؛ لأن الإذن فى جنس ليس بإذن فى جنس آخر، ولهذا لو أذن له فى شراء عبد، لم يجز أن يشترى جاريةً، ولو أذن له فى شراء حمار، لم يجز أن يشترى فرسًا.

(الشرح) الأحكام: إن وكَّل فى بيع عبد لم يجزْ أن يعقد البيعَ على بعضِهِ بأقلَّ

من ثمن الكلِّ؛ فإنْ عقد على بعضِهِ، لم يصحَّ البيع.
وقال أبو حنيفة[١] : يصحُّ.

---

(١) قال في المبسوط (١٩/٤٣): وإن وكله ببيع عبد له فباع، نصفه من رجل، ثم باع النصف الآخر منه أو من غيره - جاز؛ لأنه حصل مقصود الموكل بما صنع؛ فإن مقصوده أن يزول ملكه بعوض هو مال، وذلك يحصل بالعقدين كما يحصل بالعقد الواحد؛ فربما لا يجد مشتريا يشتريه جملة، فيحتاج إلى تفريق العقد ليحصل مقصوده، فإن باع نصفه، ولم يبع ما بقى، لم يجز فى قول أبى يوسف ومحمد - رحمهما الله - وجاز فى قول أبى حنيفة - رحمه الله - فهما يقولان: بيع النصف يضر بالموكل فيما بقى؛ لأنه يتبعض عليه الملك، والشركة فى الأملاك المجتمعة عيب، وأمره إياه بالبيع لا يتضمن الرضا بتعييب ملكه؛ فلهذا لا يجوز إلا أن يبيع ما بقى قبل الخصومة؛ فحينئذ قد زال الضرر عنه وحصل مقصوده فيجوز . وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: الوكيل قائم مقام الموكل فى بيع العبد، والموكل مالك لبيع البعض كما هو مالك لبيع الكل، فكذلك الوكيل؛ لأن اعتبار الجزء باطل واعتبار الكل صحيح، ثم فى تصرفه فى هذا منفعة للموكل؛ لأنه لو باع الكل بالثمن الذى باع به النصف جاز عند أبى حنيفة - رحمه الله - كما بينا . فإذا باع البعض به كان أقرب إلى الجواز؛ لأنه حصل له ذلك القدر من الثمن، وبقى بعض العبد على ملكه، ولو وكله بأن يشترى له عبدا، فاشترى بعضه لم يجز على الآمر إلا أن يشترى ما بقى قبل الخصومة؛ فحينئذ يجوز كله على الآمر، وهذا على أصلهما ظاهر للتسوية بين جانب البيع والشراء . وأبو حنيفة - رحمه الله - يفرق فيقول: الوكيل بالشراء لو اشترى بالزيادة الكثيرة لا يجوز، بخلاف الوكيل بالبيع، والتهمة تتمكن فى جانب الوكيل بالشراء؛ فلعله اشترى النصف لنفسه، فلما علم أن الشركة عيب أراد أن يحوله على الآمر .

توضيح الفرق: أن صحة التوكيل بالشراء بتسمية العبد ونصف العبد ليس بعبد؛ فلا يصير به ممتثلا أمر الآمر إلا أن يشترى ما بقى قبل الخصومة، فأما فى جانب البيع فصحة التوكيل باعتبار ملك الموكل للغير، وذلك موجود فى البعض والكل . ثم ذكر فى النوادر أن الوكيل إذا اشترى النصف توقف شراؤه على رضا الآمر عند أبى يوسف - رحمه الله - حتى لو أعتقه الوكيل عن نفسه لا يجوز، ولو أعتقه الموكل عن نفسه يجوز . وعند محمد - رحمه الله - يصير الموكل مشتريا لنفسه حقا لو أعتقه جاز عتقه، إلا أن يشترى ما بقى؛ فحينئذ يتحول إلى الآمر، فأبو يوسف - رحمه الله - يقول: مقصود الموكل حصول ملك الغير له، والقدر الذى حصل من جملة مقصوده ولكنه معيب بعيب الشركة، فينفذ تصرف الوكيل له، ويثبت له الخيار للعيب، فإذا قدم على العتق صار مسقطا لخياره، فينفذ العتق من جهته، فإذا رده يصير الملك للوكيل حينئذ؛ كما لو وجد به عيبا، فرده بشراء العبد، والنصف ليس بعبد، ولكنه يفرض أن يصير موافقا بشراء ما بقى؛ فقبل وجود هذا لموافقته، وكان خلافه ظاهرا، وكان مشتريا لنفسه، فنفذ عتقه من جهته . وفرق محمد - رحمه الله - بين هذا وبين الوكيل بالشراء بألف، إذا اشتراه بألفين يتقرر شراؤه لنفسه، حتى إنه وإن حط البائع أحد الألفين لا يصير الشراء للموكل، وهنا لو اشترى ما بقى قبل الخصومة كان الشراء للموكل، ووجه الفرق: أن غرضه الموافقة هناك، باعتبار ما لم يتناوله عقد الوكالة، وهو حط الألف الزائد؛ فلم يكن معتبرا، وهنا غرضه الموافقة باعتبار ما تناولته الوكالة، وهو شراء النصف الباقى؛ فلهذا كان معتبرا .

دليلنا: هو أنَّ العرف فى بيع العبد: أنْ يعقد على جميعه؛ فحمل مطلق الوكالة عليه، ولأنه توكيلٌ فى أحد شطرَى البيع فى عبدٍ؛ فلم يملكْ ذلك فى بعضه؛ كما لو وكَّله فى شراء عبدٍ، فإنه لا يملكُ العقد فى بعضه، ولأنَّ فى تبعيضه إضرارًا بالموكّل؛ فلم يملكْهُ من غير إذن؛ كالشراء.

قالوا: أدخَلَ عليه الضرر فيما أبقى فى ملكه؛ فأشبه إذا وكَّله فى بيع عبدَيْن؛ فباع أحدهما، وأتلف الآخر.

قلنا: هناك: لم يضرَّ به بالعقد، هاهنا: أضرَّ به بالعقد، والإذن فيه من جهة العُرْف العقد عليه من غير إضرار، ولا يعود العقد إلى الصحة، وإن باع الباقِى من المشترى أو من غيره.

وحكى عن بعض أصحاب أبى حنيفة: أنه يصحُّ.

والدليل عليه: ما ذكرناه من أن العُرْفَ يقتضى بيعَ الكلِّ دُفْعةً واحدة، وهاهنا قد فرّق؛ فلم يصحَّ.

وإن باعه من رجلَيْن صفقةً واحدةً، قال فى «الإيضاح»: جاز - إن شاء الله -.

قال: وقيل: يجوز.

فصل: وإن وكَّله فى شراء عبدٍ، لم يجز أنْ يعقد البيعَ على بعضِهِ؛ لأن العرف فى شراء العبدِ أن يعقدَ على جميعِهِ؛ فحمل مطلق الوكالة عليه، ولأنَّ فى تبعيضه إضرارًا بالموكل؛ فلم يملكه من غير إذنٍ، وإن وكله فى شراء عبدٍ بثوبٍ، فاشترى العبد بنصفِ الثوبِ، جاز؛ لأنه زاده خيرًا؛ لأنه لو اشتراه بجميع الثوبِ، جاز؛ فلم يؤثر ضرر التبعيض فيه.

فصل: وإن وكَّله فى بيع أعبدٍ، أو فى شراء أعبد، وأطلق؛ جاز أن يعقد على الجميعِ فى صفقةٍ واحدةٍ، وأن يعقد على واحد واحد؛ لأنَّ العرف فى العبيدِ أن تباع وتشترى واحدًا واحدًا، ولأنه لا ضرَرَ فى إفراد بعضهم عن بعض فى العَقْدِ؛ بخلاف البيع والشراء فى بعضِ العبدِ، وإن وكَّلهم فى أن يشتريهم فى صفقةٍ واحدةٍ، أو فى صفقتَيْن، لم يجزْ أن يعقد عليهم؛ بخلاف ذلك مع واحدٍ، فإنْ خالف، وباع، لم يصحَّ البيع؛ لأنه خلافُ إذنه نطقًا، وإنِ اشترى، وقع الشرى له دون الموكّل على ما يأتى بيانه فى مثله، وإن وكّله أن يشترى له عَشَرة أعبد صفقة واحدة، فاشترى عشرة أعبد من اثنَيْن، وهى مشتركة بينهما فى صفقةٍ واحدة، ففيه وجهان:

قال أبو العباس بن سريج: صح الشراء للموكِّل؛ لأنه اشتراهم صفقةً واحدة؛ لأن شراء الواحد من اثنَيْن - وإن كان صفقتَيْن - دخلت فى ملكه فى حال واحدة، فحصل ذلك موافقًا لإذنه؛ فيصح الشراء له.

ومن أصحابنا من قال: لا يصح الشراء للموكل؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان وإن كان لكل واحد منهما خمسة أعبد على الانفراد، فاشترى العشرة منهما صفقة واحدة:

فإن قلنا: إنه لو اشتراهم لنفسه منهما دفعة واحدة، صح كان على الوجهين فى المسألة قبلها.

وإن قلنا لا يصح له ذلك، لم يصح أيضًا للموكل.

وحكى عن أبى العباس ابن سريج: أنه قال: لا يصح الشراء هاهنا للموكل قولًا واحدًا.

والأول أصح؛ لأنه إذا جاز أن يشتريهم منهما لنفسه، كانت هذه المسألة والتى قبلها سواء فى المعنى؛ فاستويا فى الحكم.

(فصل) ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع بغير نقد البلد من غير إذن، ولا للوكيل فى الشراء: أن يشترى بغير نقد البلد من غير إذن.

وقال أبو حنيفة: يجوز له بيعه بما شاء من النقود والعروض.

دليلنا: هو أن إطلاق الوكالة فى البيع يقتضى نقد البلد؛ ولهذا لو قال: بعتك بعشرة دراهم، حمل على نقد البلد، ولأن المتعارف فى البيع هو النقد، والمتعارف كالمشروط؛ فصار كما لو قال: (بع بالنقد) ولأنه لم ينص على غير النقد، فلم يملك البيع به، كما لو قال (بع لأقضى دينى).

قالوا: من جاز له أن يبيع بنقد البلد، جاز أن يبيع بغيره؛ كالموصى.

قلنا: يبطل به إذا نص له على نقد البلد، ثم الوصى يملك أن يستأجر له الدار والعبد، ولا يملك الوكيل.

فصل: فإن كان فى البلدِ نقدان، باع بالغالِبِ منهما؛ لأنَّ نقد البلد هو الغالبُ، فإنِ استويا فى المعاملة بهما، باع بما هو أنفَعُ للموكّل؛ لأنه مأمور بالنصح له، ومِنَ النصحِ أن يبيعَ بالأنفعِ، فإنِ استويا فى النفعِ، باعَ بما شاء منهما؛ لأنه لا مزيَّة لأحدهما على الآخر؛ فتخير بينهما.

فصل: وإنْ أذنَ له فى العقد بنقد، لم يجزْ أن يعقد بنقد آخر؛ مثل أن يقول: اشترِ لى العبد الفلانى بعَشَرة دنانير؛ فيشتريه له بمائة درهم؛ لأنَّ الإذْنَ فى جنسٍ ليس بإذنٍ فى جنس آخر، ولهذا لو أذن له فى شراء عبدٍ، لم يجز أن يشترى جاريةً، وإن كانت أكثر قيمة من العبد، ولو أذن له فى شراء حمار، لم يجزْ أن يشترى فرسًا، وإن كان ذلك أحظَّ له، وإن أَذِنَ له أن يشترى بالصِّحاح، فاشترى بمكسَّرة، فباع بصحاح، صح؛ لأنه باعه بالجنس وزاده خيرًا.

فصل: وإنْ أذن له فى شراء جاريةٍ بعينها، فاشترىَ غيرها، لم يقعِ الشرى لموكِّله؛ لأنه اشتراها له مِنْ غير إذنه، ثم ينظر: فإنْ كان المشترى بعين مالَ الموكِّل قد ذكر للبائع ذلك فى حالِ العقدِ، لم يصحَّ البيع، وإن لم يذكر ذلك، لزمَ البيعُ فى حقِّ الوكيل دون الموكِّل.

وإن كان الشراء بثمن فى الذمَّة وقع للوكيل.

وإن أذن له فى تزويجِ امرأةٍ، فزوجه غيرها، لم يصحَّ العقد بكل حال؛ لأنَّ من شروط صحة النكاحِ ذِكْرَ الزوجَيْن. وإذا كان بغير إذنه لم يقعْ له، ولا للوكيل؛ لأن المقصود بالنكاح عين الزوجَيْن؛ بخلاف البيع، وهذا يجوزُ أن يشترى لغيره مِنْ غير أن يذكر مَنْ يشترى له، ولا يجوز ذلك فى النكاح.

وقال فى «الإيضاح»: وصورة منْ وكَّلَ فى التزويج أن يقولَ الخاطبُ لولى المرأة: إنَّ فلانًا يخطب فلانة، فيقول الولى: قد زوجْتُ فلانًا الغائبَ فلانةَ، فيقول الوكيلُ: قد قبلْتُ عنه، فإذا زوجه هكذا بامرأة غير التى وكَّله فى تزويجها - كان النكاحُ باطلًا، ولا شىء على الوكيل مِنَ المهر، إلا أن يكون قد ضَمِنَ الصداقَ. وزعم أنَّ الموكِّل كاذبٌ؛ فيكون له عليه نصف المهر؛ لأنهما قد تصادقا على النكاحِ، وقد حصل الإنكارُ واليمين قبل الدخول.

وفيه وجه آخر: أنَّ لها المطالبةَ بجميعِ الصداقِ.

قال: والأوَّل أصح؛ لأنه لمَّا حلف الموكل، قام ذلك مقامَ الفرقة من جهته، وضامن الصداق إذا وقعتِ الفرقة من جهة الزوج، لا يلزمه إلا نصفه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن دفع إليه ألفًا، وقال: اشتر بعينها عبدًا، فاشترى فى ذمته، لم يصح الشراء للموكل؛ لأنه لم يرض بالتزام غير الألف، فإذا ابتاع بألف فى الذمة، فقد

ألزمه ألفًا، لم يرض بالتزامها، فلم يلزمه.

وإن قال: اشتر لى فى الذمة، وانقد الألف فيه، فابتاع بعينها، ففيه وجهان:

أحدهما: أن البيع باطل؛ لأنه أمره بعقد لا ينفسخ بتلف الألف، فعقد عقدًا ينفسخ بتلف الألف، وذلك لم يأذن فيه ولم يرض به.

والثانى: أنه يصح؛ لأنه أمره بعقد يلزمه الثمن مع بقاء الألف، ومع تلفها، وقد عقد عقدًا يلزمه الثمن مع بقائها، ولا يلزمه مع تلفها، فزاده بذلك خيرًا، وإن دفع إليه ألفًا، وقال: اشتر عبدًا، ولم يقل بعينها، ففيه وجهان:

أحدهما: أن مقتضاه الشراء بعينها؛ لأنه لما دفع إليه الألف، دل على أنه قصد الشراء بها؛ فعلى هذا إذا اشترى فى ذمته، لم يصح الشراء.

والثانى: أنه لا يقتضى الشراء بعينها؛ لأن الأمر مطلق؛ فعلى هذا يجوز أن يشترى بعينها، ويجوز أن يشترى فى الذمة، وينقد الألف فيه.

(فصل) فإن وكله فى الشراء، ولم يدفع إليه الثمن، فاشتراه، ففى الثمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه على الموكل، والوكيل ضامن؛ لأن المبيع للموكل، فكان الثمن عليه، والوكيل تولى العقد، والتزم الثمن، فضمنه.

فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل؛ لأن أحدهما ضامن، والآخر مضمون عنه، فإن وزن الوكيل الثمن؛ رجع على الموكل، وإن وزن الموكل؛ لم يرجع على الوكيل.

والثانى: أن الثمن على الوكيل دون الموكل؛ لأن الذى التزم هو الوكيل، فكان الثمن عليه؛ فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل؛ لأن الثمن عليه، ولا يجوز له مطالبة الموكل؛ لأنه لا شىء عليه.

فإن وزن الوكيل؛ رجع على الموكل؛ لأنه التزم بإذنه، وإن لم يزن؛ لم يرجع، كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه: أنه إذا وزن رجع، وإذا لم يزن لم يرجع.

وإن أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن، وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن.

والثالث: أن الثمن على الوكيل، وللوكيل فى ذمة الموكل مثل الثمن، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن، وإن لم يطالبه

البائع.

(الشرح) الأحكام: فإنْ دفع إليه ألف درهم وقال له: اشترِ بعينها عبدًا تركيًا، وقال: العبد الفلانى، فاشتراه بألفٍ فى ذمته، لم يصحَّ الشراء للموكِّل؛ لأنه لم يرض بالتزامِ غير الألفِ، فإذا اشتراه بألف فى الذمَّة، فقد ألزمه فى ذمَّته ألفًا، لم يرضَ بالتزامها؛ لأنه لو صَحَّ، لكان للبائع مطالبتُهُ بها؛ فلم يلزمْهُ، ولأنه قد يكونُ له غرض بتعيينها بألا يملك غيره؛ فيأمره بأن يشترى بعينها حتى لا يلزمه غيرها.

فصل: وإنْ قال: اشترِ لى العبد الفلانى، أو قال: عبدًا تركيًا بألفٍ فى ذمَّتك، وانقد الألف فيه، فاشتراه بعين الألف - ففيه وجهان:

أحدهما: أن البيعَ باطلٌ؛ لأنَّه أمره بعقد لا ينفسخ بتلف الألفِ؛ فعقد عقدًا ينفسخ بتلف الألفِ؛ لأنها إذا تلفَتْ قبل القبض، ينفسخ البيع بتلفها؛ كما ينفسخ بتلف المبيعِ قبل القبضِ، وذلك لم يأذنْ له فيه، ولم يرض به؛ فبطل؛ كما بطَلَ فى المسألة الأولَى.

والثانى: أنه يصحُ لأنه أمره بعقد يلزمه الثمنُ فيه، مع بقاء الألفِ، ومع تلفها، وقد عقد عقدًا يلزمه الثمن مع بقاء الألف، ولا يلزمه مع تلفها؛ فقد زاده بذلك خيرًا.

وإنْ دفع إليه ألفًا، وقال: اشتر عبدًا تركيًا، أو قال: العبدَ الفلانى، ولم يقل: بعينها، ولا قال: فى الذمَّة - ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّ مقتضاه الشراء بعينها؛ لأنه لمَّا دفع إليه الألف، دَلَّ على أنه قصد الشراء بها، فعلى هذا إذا اشترى فى ذمته لم يصح الشراء؛ كما لو قال: اشتر بعينها.

والثانى: أنه لا يقتضِى الشراء بعينها؛ لأنَّ الأمر مطلقٌ؛ فعلى هذا: يجوز أن يشترى بعينها، ويجوز أن يشترى فى الذمَّة، وينقد الألف فيه، فإنِ اشترى العبد بألفٍ فى الذمَّة، وسرق منه الألف الذى أخذها من الموكِّل - ففيه وجهان:

أحدهما: أن الشراء يصير لازمًا للوكيلِ؛ لأنَّ إذنه يقتضى أن يشترى بعينها أو فى ذمَّته، وينقد الألف فيه، فإنْ هلك ذلك المال، لم يلزمْهُ أن يدفع إليه غيره، فينعقد الشراء للوكيل، إن كان هلاك المال قبل الشراء، وينقلب الشراء إليه إن كان هلاكُهُ بعد الشراء؛ كما ينقلبُ الحج المنعقد لمستأجر إلى الأجيرِ عند إفساده إياه.

والثانى: أنه يكونُ للموكِّل، وعليه أن يدفع ألفًا آخر للثمن؛ لأن ما يشتريه الوكيل لا يقفُ ثمنه على المال الذى فى يده؛ ألا تَرَى أنَّ للموكِّل أن يدفع ثمنه من موضع آخر؛ فكان الثمن يتعلق بذمته ابتداءً، فإذا تلف المال الذى فى يد الوكيل، لزمه أنْ يقيم غيره مقامه.

فصل: فإن وكَّله فى شراء شىء بثمنٍ معلومٍ فى ذمَّته أو وكله فى الشراء بثمن معلوم، ولم يدفعْ إليه الثمن - فإنه يقتضى الإذْنَ فى الشراء فى الذمَّة، فإذا اشتراه: ففى الذى يلزمه الثمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجبُ على الموكِّلِ ابتداء، ويكون الوكيل ضامنًا له؛ لأن المبيع للموكِّل؛ فكان الثمن عليه؛ لأنَّ الثمن فى مقابلة المبيع، والوكيل تولَّى العقد، والتزم الثمن؛ فضمنه؛ فعلى هذا: يجوز للبائع مطالبةُ الوكيل والموكل؛ لأن أحدهما ضامن، والآخر مضمونٌ عنه، فإنْ وزن الوكيل، رجع على الموكل، وإن وزن الموكل، لم يرجع على الوكيل.

الثانى: أن الثمن على الوكيلِ دون الموكِّل؛ لأن الذى التزم الثمن هو الوكيلُ؛ فكان الثمن عليه؛ فعلى هذا: يجوز للبائع مطالبة الوكيل؛ لأن الثمن عليه، ولا يجوز له مطالبة الموكِّل؛ لأنه لا شىء له عليه، فإن وزن الوكيل، رجع به على الموكّل؛ لأنه التزمه بإذنه، وإن لم يزن، لم يرجع؛ كما نقول فيمن أحال بدَيْن عليه على رجُلٍ لا دَيْن له عليه وقبل الحوالة أنه إذا وزن، رجع على المحيل، وإن لم يزن، لم يرجعْ عليه.

وإن أبرأ البائع الوكيل، سقط الثمن، وحصلت السلعة للموكل؛ كما لو قال: «بع فلانًا عينًا بألف علىّ»: قال أبو العباس: فإذا باعه، ثبَتَ فى ذمَّة القائل دون المشترى؛ وهذا ظاهر الفساد؛ لما سيأتى بيانه فى الوجه الثالث.

والثالث: أن الثمن على الوكيل، وللوكيلِ فى ذمَّة الموكّل مثل الثمن؛ فيجوز للبائع مطالبةُ الوكيلِ دون الموكِّل، وللوكيل مطالبة الموكِّل بالثمن، وإن لم يطالبهُ البائعُ، قيل: وليس بشىء لأنه لا يجوز أن يملك الثمن، ولا يملك عليه الثمن، ولا أنْ يثبت العروض لغير مَنْ ملك من جهته المعوض.

فصل: وإن دفع إليه ألْفَ درهم، وقال له: اشترِ السلعةَ بعينها، فاشتراها بعينها، ثم وجد البائع بها عيبًا - نظَرْتَ:

فإن كان العيبُ من حيثُ اختلافُ الجنس؛ كالرصاص والنحاس - فالبيع باطلٌ، وإن كان من حيث الجوهرُ أو السِّكَّة والطبع، فالبيع صحيحٌ، وللبائع الخيارُ فى إجازة البيع بها أو فسخه، ولم يكنْ له أن يطالبَ ببدلها؛ لأنَّ العقد تناوَلَ عينها.

وإن قال: اشترِ فى الذمَّة، وانقدها، فاشترى السلعة، وسلَّم الألف، ثمَّ وجد البائع بها عيبًا، فالبيعُ صحيحٌ، وللبائع المطالبةُ ببدلها إن كان العيبُ من حيث اختلافُ الجنس، وله الخيارُ إن كان مِنْ حيث الجوهر أو السكة بين أن يجيز العقد بها، وبين أن يطالبَ ببدلها؛ لأنه استحقَّ فى ذمَّته ألفًا سليمة فكان له أن يطالبه بها.

فإن ردَّه إلى الوكيلِ، فتلف فى يده:

فإنْ قلنا: إن الثمن يجبُ ابتداء على الموكِّل، لم يجبْ على الوكيل ضمانه؛ لأنه أمينٌ فى جميع ذلكَ؛ فلم يلزمه شىء من غير تفريط.

وإن قلنا: إنه يجبُ على الوكيلِ ابتداءً، وجَبَ عليه ضمانُهُ؛ لأنه بدفعها إلى البائعِ أسقطها عن نفسه؛ فتكون مضمونة عليه، وردت عليه، وهى مضمونةٌ عليه، فإذا تلفَتْ فى يده، كان تلفها من ضمانِهِ، وعلى هذا: إن وجد كذلك المعيب، ردّ على الموكل مثله، وإن لم يجدْ له مثلا غرم له قيمته ذهبًا، وغرم الموكل للبائع ألفًا سليمة بكل حال.

فصل: وإن دفع إليه ألفًا، وقال: أسلمه لى فى طعامٍ، كان عليه أن يسلمه فى الحنطة، فإن أسْلَمه فى الشعير، لم يجزْ؛ لأن إطلاق الوكالة يحملُ على عُرْف العادة دون عرف اللغة وحقيقتها، وفى عرف العادة: يقع اسم الطعام على الحنطة، وإن كان فى اللغة يقع على كل مطعومٍ؛ فحمل على الحنطة؛ كما لو قال: اشتر لى خبزًا، لم يكن له أن يشترى فى العراق ومصر خُبْزَ الأرز، وإن كان خبزًا فى الحقيقة.

فصل: وإن قال له: «اشتر لى طعامًا» لم يجزْ أن يشترى له غير الحِنْطة؛ وهذا غلطٌ؛ لأنَّ مطلق الوكالة عمل على المعهود فى [. . . . .][1] عن الحبِّ دون الدقيقِ؛ فحمل مطلق الوكالة بغلطه؛ لما مضى فى المسألة قبلها.

فصل: وإن وكَّل رجلًا فى شراءِ شىء، فاشتراه الوكيلُ للموكِّل بعَيْن مالِ الوكيل،

---

(١) بياض بالمخطوط.

أو وكَّله فى بيع شىء من ماله، فباع الوكيلُ شيئًا لنفسه؛ ليكون الثمن للموكّل -لم يصحَّ العقد.

وقال أبو حنيفة: يجوزُ أن يشترى بمالِ نفسه لغيره.

دليلنا: هو أن المثمن فى مقابلة الثمن؛ فاقتضى أن ينعقد ملكُهُ لمن له الثمن، والثمن هاهنا هو ملكٌ للوكيل؛ فكان المثمن عليه دون الموكِّل.

فصل: فإن كان له على رجُلٍ ألفُ درهم، فقال له: أسلمه لى فى حنطة،، فميّز ألفًا من مالِهِ، ثمَّ أسلمه له فى حنطة، أو قال: أسْلِمْ من مالك ألْفَ درهم فى حنطةٍ لى؛ ليكون لك قرضًا علَىَّ، فميَّز ألفًا من ماله، وأسْلَمَهُ له فى الحنطة -لم يصحَّ السَّلَم للموكّل فيهما جميعًا.

وحُكى عن أبى العباس: أنه قال: يصحُّ السَّلَم فيهما جميعًا للموكّل، وإذا أسلم الألف فى الأولَى برئ من الدَّيْن، وإذا قبض الحنطة، كانت أمانة فى يد الوكيل، فإنْ تلف، فلا ضمان عليه.

قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني: وهذا سهوٌ منه؛ لأنه اشترى بماله؛ ليكون المثمن لغيره، وقد نصَّ الشافعى فى «كتاب الصرف» على أن ذلك لا يجوزُ، وإنما نقل أبو العَبَّاس المسألتين من كتاب محمد بن الحسن، وجوابنا فى الأصل الذى بنينا عليه مخالفٌ لجوابهم؛ فوقع السهو من أجل ذلك.

فصل: وإنْ قال له: اشترِ لى بألف درهم فى ذمَّتك كذا وكذا من الحنطة سَلَمًا، فاشتراه له، ثمَّ أمره، وهو فى المجلس: أن يدفع إلى المسلم إليه الألف الذى له عليه، أو قال - ولا شىء له عليه -: اشتر لى بألف درهم فى ذمَّتك كذا وكذا مِنَ الحنطة سَلَمًا، فاشتراه له، ثم قال: ادفعه من عندك؛ لتكون قرضًا لك عَلَيَّ، فدفع -: صح السَّلَم فيهما جميعًا، كما لو أمره أن يدفع ما عليه إلى مَنْ له عليه دَيْن من جهة أخرى، أو أمره أن يدفع عنه مِنْ عنده، ولا شىء له عليه فى قضائه على وجه القَرْض؛ فدفع.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع بثمن مؤجل من غير إذن؛ لأن الأصل فى البيع النقد، وإنما يدخل التأجيل لكساد، أو فساد، فإذا أطلق حمل على الأصل، فإن أذن له فى بيع مؤجل، وقدر الأجل، لم يبع إلى أجل أكثر منه؛ لأنه لم يرض بما

زاد على المقدر، فبقى على الأصل فى المنع، وإن أطلق الأجل، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح التوكيل؛ لأن الآجال تختلف، فيكثر الغرر فيه، فلم يصح.

والثانى: يصح؛ ويحمل على العرف فى مثله؛ لأن مطلق الوكالة يحمل على المتعارف، وإن لم يكن فيه عرف، باع بأنفع ما يقدر عليه؛ لأنه مأمور بالنصح لموكله.

ومن أصحابنا من قال: يجوز القليل والكثير؛ لأن اللفظ مطلق.

ومنهم من قال: يجوز إلى سنة؛ لأن الديون المؤجلة فى الشرع مقدرة بالسنة، وهى: الدية، والجزية، والصحيح هو الأول.

وقول القائل الثانى: أن اللفظ مطلق، لا يصح؛ لأن العرف يخصه، ونصح الموكل يخصه.

وقول القائل الثالث: لا يصح؛ لأن الدية والجزية وجبت بالشرع، فحمل على تأجيل الشرع، وهذا وجب بإذن الموكل، فحمل على المتعارف.

وإن أذن له فى البيع إلى أجل، فباع بالنقد؛ نظرت: فإن باع بدون ما يساوى نسيئةً؛ لم يصح؛ لأن الإذن فى البيع نسيئة يقتضى البيع بما يساوى نسيئةً، فإذا باع بما دونه، لم يصح.

وإن باع نقدًا بما يساوى نسيئةً: فإن كان فى وقت لا يأمن أن ينهب أو يسرق، لم يصح؛ لأنه ضرر لم يرض به، فلم يلزمه، وإن كان فى وقت مأمون، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه قد يكون له غرض فى كون الثمن فى ذمة مَلِيءٍ ففوت عليه ذلك، فلم يصح.

والثانى: يصح؛ لأنه زاده بالتعجيل خيرًا.

وإن وكله أن يشترى عبدًا بألف، فاشتراه بألف مؤجل، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح الشراء للموكل؛ لأنه قصد ألا يكون عليه دين وألا يشترى إلا بما معه.

والثانى: أنه يصح؛ لأنه حصل له العبد، وزاده بالتأجيل خيرًا.

(فصل) ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يشترط الخيار للمشترى، ولا للوكيل فى الشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن؛ لأنه شرط لا حظ فيه للموكل، فلا

يجوز من غير إذن، كالأجل.

وهل يجوز أن يشترط لنفسه، أو للموكل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن إطلاق البيع يقتضى البيع من غير شرط.

والثانى: يجوز؛ لأنه احتاط للموكل بشرط الخيار.

(الشرح) الأحكام: ولا يجوز للوكيلِ فى البيعِ أن يبيع بثمن مؤجَّل من غير إذنِ الموكّل فى التأجيلِ بأنْ يكون قد أذن له فى البيعِ مطلقًا؛ وبه قال مالك[1].

وقال أبو حنيفة[2] : يجوز.

دليلنا: هو أن الأصلَ فى البيع فى العُرْف: النقدُ، وإنما يدخلُ التأجيل لكساد -: وهو قلَّة الرغبة فيه - أو فساد - أى: لتغير - فإذا أطلق، حمل على الأصل؛ لأن المتعارف كالمشروط؛ فصار كما لو قال: «بع بثمن حال»، ولأنه توكيل مطلقٌ فى أحد شطْرَى البيع؛ فلم يملكْ به التأجيل؛ كالشراء.

قالوا: مدة ملحقة بالبيعِ، فملك شرطها؛ كالخيار.

قلنا: فى أحد الوجهَيْن عندنا: لا يملكُ شرط الخيار للمشترى، وإن سلم: فلأنه لا ضرَرَ فى الخيارِ، وفى الأجل ضررٌ؛ لأنه يسلِّم المبيع من غير ثمن.

فصل: فإن أذن له فى بيع مؤجَّل، وقدّر الأجل، لم يجزْ أن يبيعَ إلى أجلٍ أكثر منه؛ لأنه لم يرضَ بما زاد على المقدَّر؛ فبقى على الأصل فى المنع، وإن أطلق الأجل بأنْ قال: بع بثمن مؤجل، ولم يَزِدْ عليه - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يصحُّ التوكيل؛ لأن الآجال تختلف، ويكثر الغرر فيه؛ فلم يصح.

---

(١) قال - رحمه الله تعالى -: «والإطلاق بالبيع يقتضى الحلول وثمن المثل» يعنى إذا أطلق الموكل للوكيل بالبيع، فإن ذلك يقتضى حلول البيع وثمن المثل، ولا يجوز له أن يبيع بدين ولا بأقل من ثمن المثل . قال ابن جزى فى القوانين: فإذا وكله على البيع وعين له ثمنًا لم يجز له أن يبيع بأقل منه، وإن وكله على البيع مطلقا لم يجز له أن يبيع بعرض ولا نسيئة ولا بما دون ثمن المثل - خلافا لأبى حنيفة -، وإن أذن له أن يبيع بما يرى وكيفما يرى جاز له ذلك كله . اهـ . ينظر أسهل المدارك (٢/ ٣٨١)

(٢) قال فى تبيين الحقائق (٤/ ٢٧٠): قال فى التتمة: الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بثمن مؤجل، قيل على قول أبى حنيفة: يجوز وإن طالت المدة، وعندهما يجوز بأجل متعارف فى تلك السلعة، وبالزيادة على ذلك فلا، وعن أبى يوسف: إن وكله بالبيع على وجه التجارة فله أن يبيعه بالنسيئة، وإن وكله بالبيع لحاجته إلى النفقة أو قضاء الدين أو ما أشبه ذلك فليس له أن يبيعه بالنسيئة، ونقله عن باب الوكالة بالسلم للصدر الشهيد .

والثانى: يصحُّ، ويحمل على العرف فى مثله؛ لأن مطلق الوكالة يحملُ على المتعارف. فإن لم يكنْ فيه عرف؛ باع بأنفعَ ما يقدر عليه؛ لأنه مأمور بالنصحِ لموكّله.

ومن أصحابنا من قال: يجوز فيه القليل والكثير؛ لأنَّ اللفظ مطلقٌ.

ومنهم من قال: يجوزُ إلى سنة؛ لأنَّ الديون المؤجّلة فى الشرع مقدَّرة بالسنة، وهى الدِّيَة والجزية.

والصحيح هو: الأوَّل.

وقولُ القائل الثانى: إنَّ اللفظ مطلقٌ لا يصحُّ؛ لأن العرف يخصُّه، ونصح الموكّل يخصه. وقول القائل الثالث: لا يصح؛ لأن الدية والجزية، وجبَتْ بالشرع؛ فحملتْ على تأجيل الشرعِ، وهذا وجَبَ بإذن الآدمى؛ فحمل على المتعارف.

فصل: وإن أذن له فى البيعِ إلى أجلٍ، فباع بالنقد - نظَرْتَ:

فإن كان القدر الذى باعه به ثمن مثله نقدًا، وهو دون ما يساوى نسيئةً، فإذا باع بما دونه، لم يصح؛ كما لو أمره بالبيع بمائة، فباع بمائتَيْن.

وإن باع نقدًا بما يساوى نسيئةً: فإن كان فى وقتٍ لا يأمن أن ينهب الثمن، أو يسرق، لم يصحَّ؛ لأنه ضرر لم يرضَ به، فلم يلزمه.

وإن كان فى وَقْتٍ مأمونٍ - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنه قد يكون له غرضٌ فى كون الثمن فى ذمَّة ملئ؛ ففوَّت عليه ذلك؛ فلم يصحَّ.

والثانى: يصحُّ؛ لأنه زاده بالتعجيلِ خيرًا.

وإن وكَّله فى أن يسلم فى طعامٍ حالًا، فأسْلَم فيه إلى أجلٍ: فإنِ اشتراه بأكثَرَ من ثمن مثله حالًا، لم يصحَّ السلم. وإن اشتراه بثمن مثله حالًا فهو على الوجهين.

فصل: وإنْ وكَّله أن يشترى عبدًا تركيًا بألف نقدًا، فاشتراه بألفٍ مؤجّل، وهو يساوى ألفًا نقدًا ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصحُّ الشراء للموكّل؛ لأنه قصد ألا يكون عليه دَيْن، وألا يشترى إلا بما معه خوفًا ألا يذهب فى النفقة أو غيرها.

والثانى: يصح؛ لأنه حصلَ له العبد، وزاده بالتأجيلِ خيرًا.

وإن وكَّله أن يشترى عبدًا تركيًا بثمن نقدًا، ولم يقدر الثمن، وقلنا: إنه يصحُّ

فاشتراه بثمن مؤجَّل: فإن كان بأكثر من ثمن مثله نقدًا، لم يصحَّ الشراء للموكِّل، وإن كان بثمن مثله نقدًا، فهو على الوجهين فى المسألة قبلها.

فصل: ولا يجوزُ للوكيلِ فى البيع أنْ يشترطَ الخيارَ للمُشْتَرى، ولا للوكيل فى الشراء أنْ يشترط الخيارَ للبائعِ من غير إذنٍ؛ لأنه شرطٌ لا حظَّ للموكِّل فيه؛ فلا يجوزُ من غير إذنه؛ كالأجل. وهل يجوزُ أن يشترط لِنَفْسه أو للموكِّل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوزُ؛ لأنَّ إطلاق الوكالةِ فى البيعِ يقتضِى البيعَ من غير شرطٍ.

الثانى: يجوزُ؛ لأنه احتياط للموكِّل بشرط الخيار.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع بدون ثمن المثل، بما لا يتغابن الناس به، ومن غير إذن، ولا للوكيل فى الشراء أن يشترى بأكثر من ثمن المثل؛ بما لا يتغابن الناس به من غير إذن؛ لأنه منهى عن الإضرار بالموكل، مأمور بالنصح له، وفى النقصان عن ثمن المثل فى البيع، والزيادة على ثمن المثل فى الشراء - إضرار، وترك النصح، ولأن العرف فى البيع ثمن المثل، فحمل إطلاق الإذن عليه.

فإن حضر من يطلب بالزيادة على ثمن المثل، لم يجز أن يبيع بثمن المثل؛ لأنه مأمور بالنصح، والنظر للموكل، ولا نصح ولا نظر للموكل فى ترك الزيادة.

وإن باع بثمن المثل، ثم حضر من يزيد فى حال الخيار، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه فسخ البيع؛ لأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة، فلا يلزمه الفسخ بالشك.

والثانى: يلزمه الفسخ، وهو الصحيح؛ لأن حال الخيار كحال العقد، ولو حضر فى حال العقد من يزيد، وجب البيع منه، فكذلك إذا حضر فى حال الخيار، وقول القائل الأول: إنه قد لا يثبت على الزيادة، فيكون الفسخ بالشك، لا يصح؛ لأن الظاهر أنه يثبت، فلا يكون الفسخ بالشك.

وإن باع بنقصان يتغابن الناس بمثله، بأن باع ما يساوى عشرة بتسعة، صح البيع.

وإن اشترى بزيادة يتغابن الناس بمثلها، بأن ابتاع ما يساوى عشرة بأحد عشر، صح الشراء، ولزم الموكل؛ لأن ما يتغابن الناس بمثله يعد ثمن المثل؛ ولأنه لا يمكن الاحتراز منه، فعفى عنه.

وإن اشترى بزيادة لا تتغابن الناس بمثلها، بأن ابتاع ما يساوى عشرةً باثنى عشر،

فإن كان بعين مال الموكل، بطل الشراء؛ لأنه عقد على ماله عقدًا لم يأذن فيه، وإن كان في الذمة، لزم الوكيل؛ لأنه اشترى في الذمة بغير إذن، فوقع الملك له.

وإن باع بنقصان لا يتغابن الناس بمثله، بأن باع ما يساوى عشرة بثمانية، لم يصح البيع؛ لأنه بيع غير مأذون فيه، فإن كان المبيع باقيًا، رد، وإن كان تالفًا، وجب ضمانه، وللموكل أن يضمن الوكيل؛ لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه، وله أن يضمن المشترى؛ لأنه قبض ما لم يكن له قبضه، فإن اختار تضمين المشترى، ضمن جميع القيمة، وهو عشرة؛ لأنه ضمن المبيع بالقبض، فضمنه بكمال البدل، وإن اختار تضمين الوكيل؛ ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يضمنه جميع القيمة؛ لأنه لزمه رد المبيع، فضمن جميع بدله.

والثانى: يضمنه تسعةً؛ لأنه لو باعه بتسعة، جاز، فلا يضمن ما زاد، ويضمن المشترى تمام القيمة، وهو درهم.

والثالث: يضمنه درهمًا؛ لأنه لم يفرط إلا بدرهم، فلا يضمن غيره، ويضمن المشترى تمام القيمة، وهو تسعة، وما يضمنه الوكيل يرجع به على المشترى، وما يضمنه المشترى لا يرجع به على الوكيل؛ لأن المبيع تلف في يده، فاستقر الضمان عليه.

وإن قدر الثمن فقال: بع بألف درهم، لم يجز أن يبيع بما دونها؛ لأن الإذن في الألف ليس بإذن فيما دونها، وإن باع بألفين، نظرت: فإن كان قد عين من يبيع منه، لم يجز؛ لأنه قصد تمليكه بألف، فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه، وإن لم يعين من يبيع منه، جاز؛ لأن الإذن في الألف إذن فيما زاد من جهة العرف؛ لأن من رضى بألف رضى بألفين.

وإن قال: بع بألف، ولا تبع بما زاد، لم يجز أن يبيع بما زاد؛ لأنه صرح بالنهى، فدل على غرض قصده، فلم يجز مخالفته، وإن قال: بع بألف، فباع بألف وثوب، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح؛ لأنه حصل له الألف وزيادة، فصار كما لو باع بألفى درهم.

والثانى: أنه لا يصح؛ لأن الدراهم والثوب تتقسط على السلعة، فيكون ما يقابل الثوب من السلعة مبيعًا بالثوب، وذلك خلاف ما يقتضيه الإذنِ، فإن الإذن يقتضى البيع بالنقد، فعلى هذا: هل يبطل العقد في الدراهم؟ فيه قولان؛ بناءً على تفريق

الصفقة.

(الشرح) قوله: «تتقسط». القسط: الحصة والنصيب، يقال تقسطنا الشىء بيننا.

الأحكام: لا يجوزُ للوكيل فى البيعِ أن يبيعَ بدون ثمن المثلِ بما لا يتغابَنُ الناسُ بمثله مِنْ غير إذنٍ، ولا للوكيلِ فى الشراء أن يشترى بأكثَرَ من ثمن المثلِ بما لا يتغابَنُ الناسُ بمثله مِنْ غير إذن؛ وبه قال مالك(١).

---

(١) قال فى شرح مختصر خليل للخرشى (٦/ ٧٣): إذا وكله على شراء شىء أو بيعه وكالة مفوضة مطلقة، أى: لم يذكر فيها كمية الثمن ولا جنسه - فإنه يتعين على الوكيل أن يبيع بنقد بلد البيع أو الشراء، فإن خالف وباع بعرض أو بحيوان أو بنقد غير بلد البيع، وفاتت السلعة - فإنه يضمن حينئذ قيمتها لتعديه، إلا أن يجيز الموكل فعله ويأخذ ما باع به، وإن لم تفت السلعة فالخيار ثابت للآمر إن شاء أجاز البيع وأخذ ما بيعت به، وإن شاء نقضه وأخذ سلعته، وكذلك يتعين على الوكيل شراء ما يليق بالموكل حيث أطلق للوكيل، فإن خالف فللموكل الخيار كما إذا وكله على شراء ثوب أو عبد.

والوكيل يتعين عليه أن يبيع أو يشترى لموكله بثمن المثل إذا كان وكله وكالة مطلقة إلا أن يسمى الثمن، وإلا فيتعين.

وقال فى الإنصاف (٥/ ٣٧٩): قوله (وإن باع بدون ثمن المثل، أو بأنقص مما قدره: صح وضمن النقص) وهو المذهب. نص عليه وعليه أكثر الأصحاب. واختاره الخرقى، والقاضى فى الخلاف وغيرهما. وجزم به فى الوجيز، وغيره. قال ابن منجى فى شرحه: هذا المذهب. وقدمه فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر، والنظم، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وناظم المفردات، وقال: قاله الأكثر. وهو من المفردات.

قوله (ويحتمل ألا يصح). وهو رواية منصوصة عن الإمام أحمد رحمه الله. واختاره المصنف. وصححه القاضى فى المجرد، وابن عقيل. وجزم به فى -التلخيص-. قال: إنه الذى تقتضيه أصول المذهب. وقدمه الشارح، والمصنف فى المغنى وجزم به، وابن رزين فى شرحه. وأطلقهما فى الكافى. وقال فى المحرر، والفائق، وغيرهما: ويتخرج أنه كتصرف الفضولى. قال فى الفروع: قيل إنه كفضولى. نص عليه. فإن تلف وضمن الوكيل رجع على المشترى لتلفه عنده. وقيل: يصح. نص عليه. انتهى.

تنبيه: مراده بقوله (وإن باع بدون ثمن المثل) مما يتغابن الناس بمثله عادة. فأما ما لا يتغابن الناس بمثله، كالدرهم فى العشرة: فإن ذلك معفو عنه إذا لم يكن الموكل قد قدر الثمن. وقوله (وضمن النقص) فى قدره وجهان. وأطلقهما فى المغنى، والشرح، والفروع، والفائق، والكافى. إحداهما: هو ما بين ما باع به وثمن المثل. قال الشارح: وهذا أقيس. واختاره ابن عقيل. وذكره عنه فى القواعد الفقهية. وقدمه ابن رزين فى شرحه، والرعاية الكبرى، والوجه الثانى: هو بين ما يتغابن به الناس وما لا يتغابنون.

وقال أبو حنيفة: يجوز للوكيلِ فى البيعِ، البيعُ بما عَزَّ وهان.

دليلنا على الحالين: هو أنه منهى عن الإضرار بالموكِّل، مأمورٌ بالنصح له، وفى النقصان عن ثمن المثلِ فى البيعِ، والزيادةِ على ثمن المثل فى الشراء - إضرارٌ وتركٌ للنصح، ولأنَّ العرف فى البيع بثمنِ المثلِ، فحمل إطلاق الإذن عليه، ولأنه توكيلٌ مطلقٌ فى عقد معاوضة؛ فلم يجزْ بالغبن الفاحش كالشراء.

فإن قيل: الثمن فى الشراء، لم يتناوله الإذنُ بلفظه؛ فلم يمكنْ حمله على العموم؛ كالمضمرات، والذى تناوله الإذن ملك العين، وهو لا يملكُهُ.

قيل: يبطلُ بما إذا قال: زوّجنى امرأة، فإنَّ الإذن تناول ما لا يملك، والمهر غير ملفوظٍ به، ثم يحمل إذنه فيه على العموم.

فإن قيل: فى الشراء هو متهمٌ؛ لأنه ربمًا يواطئ البائعَ؛ فيشترى منه ما يساوى مائةً بألفٍ، ثم يصالحه منه على شىء يساوى مائة؛ فيرجع بالألف على الموكّل، ولا يمكن ذلك فى البيع.

قيل: قد يواطئ المشترى على شىء يرشوه؛ فيبيع منه ما يساوى ألفًا بمائة؛ ولأنه يتصرَّف فى حق الغير بتفويضٍ مطلقٍ؛ فلا يملك بالغبن الفاحش؛ كالجد والوصى.

فإن قيل: الشرعُ قد نصَّ فيهما بالأحسن، فقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] قيل: الشرع - أيضًا - قيد تصرُّف الوكيل بالنظر والاحتياطِ؛ فقال - عليه السلام -: «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ»[١] ، وقال: «رَأْسُ الدِّينِ النَّصِيحَةُ»[٢] ، ولأن المتعارف كالمنطوق به.

والدليل عليه: نقد البلد، والمتعارف ألا تباع السلعة إلا بثمنها؛ فصار كما لو قال: «بع بثمنها»، ولأنه لا يملكُ عندهم بيعه من ولده، ولا مكاتبه؛ خوفًا من محاباة مُتَوَهَّمة، فلأنْ لا يملكَ محاباةً متحقَّقة أَوْلَى.

قالوا: أمرٌ عامٌّ فيما يملكه؛ فحمل على عمومه؛ كقول صاحب الشرع.

قلنا: يبطل به إذا باع مِنِ ابنه ومكاتبه، ولأنه - وإن كان عامًّا - إلا أنه يُخَصُّ بالعرف؛ ولهذا لو قال: «بع بألفٍ» حمل على نقد البلد؛ ولهذا قالوا: إذا قال اشْتَرِ

---

(١) تقدم .
(٢) تقدم .

لى بدرهم طعامًا، حمل على الخبز، وإن قال: اشترِ لى بعَشَرةِ دراهمَ طعامًا، حمل على الدقيق.

وإن قال فى الشتاء: اشترِ لى جُبَّة، لم يجزْ أن يشتريها فى الصَّيْف.

قالوا: أقامه مقامَ نفسِهِ؛ فباع بما يبيع به.

قلنا: يبطلُ به إذا باع مِن ابنه أو مكاتبه.

قالوا: قد يباع الشىء للثمن، وقد يباع للخلاص منه؛ ولهذا قال: - عليه السلام - «إِذَا زَنَتْ أَمَةُ أَحَدِكُمْ، فَلْيَبِعْهَا وَلَوْ بِضَفِيرٍ»(١) ومَنْ يريد الثمنَ، فإنه يُبَيِّنُ فإذا أطلق، دَلَّ على أنه لم يردِ الثمن.

---

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٤٣٢) كتاب: البيوع: باب: بيع العبد الزانى حديث (٢١٥٢)، ومسلم (٣/ ١٣٢٨) كتاب: الحدود، باب: رجم اليهود أهل الذمة فى الزنى حديث (٣٠/ ١٧٠٣)، وأحمد (٢/ ٤٩٤)، وأبو داود (٢/ ٥٦٦) كتاب: الحدود: باب: فى الأمة تزنى ولم تحصن، حديث (٤٤٧٠)، والحميدى (٢/ ٤٦٣) رقم (١٠٨٢)، والشافعى (٢/ ٧٩) كتب الحدود: باب: الزنا حديث (٢٥٦)، وعبد لرزاق (٧/ ٣٩٢) رقم (١٣٥٩٧، ١٣٥٩٩)، وأبو يعلى (١١/ ٤١٩) رقم (٦٥٤١)، والدارقطنى (٣/ ١٦٠ - ١٦١) كتاب: الحدود والديات حديث (٢٣٦)، والبيهقى (٨/ ٢٤٢) كتاب: الحدود: باب: ما جاء فى حد المماليك، والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٤٧١) من طريق سعيد بن أبى سعيد المقبرى - قال بعضهم عن أبيه - عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا زنت الأمة فتبين زناها، فليجلدها، ولا يثرب، ثم إن زنت فيلجدها ولا يثرب، ثم إن زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل من شعر».

قلت: وقع فى هذا الإسناد اختلاف، فقد رواه الليث عن سعيد المقبرى عن أبيه عن أبى هريرة، وقد وافقه على ذلك محمد بن إسحاق، ورواه بعضهم عن سعيد عن أبى هريرة دون ذكر أبيه كإسماعيل، وعبيد الله بن عمر، وأيوب بن موسى، ومحمد بن عجلان، وعبد الرحمن بن إسحاق ووقع فى رواية عبد الرحمن تصريح سعيد بسماعه عن أبى هريرة فقال: سمعت أبا هريرة قال الحافظ فى الفتح (١٢/ ١٧٢): ووافقه الليث على زيادة قوله «عن أبيه» محمد بن إسحاق أخرجه مسلم، وأبو داود والنسائى، ووافق إسماعيل - ابن أمية - على حذفه عبيد الله بن عمر العمرى عندهم وأيوب بن موسى عند مسلم والنسائى، ومحمد بن عجلان، وعبد الرحمن بن إسحاق عند النسائى ووقع فى رواية عبد الرحمن المذكور عن سعيد سمعت أبا هريرة . . . ا هـ .

وللحديث طرق أخرى عن أبى هريرة .

أخرجه الترمذى (٤/ ٣٧) كتاب: الحدود: باب: ما جاء فى إقامة الحد على الإماء حديث (١٤٤٠)، والنسائى فى الكبرى (٤/ ٢٢٩) كتاب: الرجم: باب: إقامة الرجل الحد على وليدته إذا زنت كلاهما من طريق أبى خالد الأحمر عن الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها ثلاثًا =

....

= بكتاب الله، فإن عادت فليبعها ولو بحبل من شعر» .
قال الترمذى: حديث أبى هريرة حديث حسن صحيح ا هـ .
وقد رواه أبو بكر بن أبى شيبة عن أبى خالد عن الأعمش عن حبيب بن أبى ثابت عن أبى صالح عن أبى هريرة به .
أخرجه النسائى فى الكبرى (٤/ ٢٩٩) كتاب: الرجم: باب: إقامة الرجل الحد على ووليدته إذا زنت حديث (٧٢٤٢) .
وأخرجه ابن عدى فى الكامل (٣/ ٣٥٨) من طريق سعد بن سعيد عن سفيان بن عدى فى الكامل (٣/ ٣٥٨) من طريق سعد بن سعيد عن سفيان عن الأعمش عن حبيب عن أبى صالح عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا زنت الأمة، فاجلدوها، فإن عادت، فاجلدوها فإن عادت فبيعوها ولو بضفير» .
قال ابن عدى: ذكر الأعمش غير محفوظ إنما هو عن الثورى عن حبيب نفسه، وهذه الأحاديث التى ذكرتها لسعد بن سعيد عن الثورى وعن غيره مما ينفرد فيها سعد عنهم، وقد صحب سعد الثورى بجرجان فى بلده روى عنه غرائب، وسأله عن مسائل كثيرة، فتلك المسائل معروفة عنه ولسعد غير ما ذكرت من الأحاديث غرائب وأفراد غريبه تروى عنهم، وكان رجلاً صالحًا ولم تؤت أحاديثه التى لم يتابع عليها من تعمد منه فيها أو ضعف فى نفسه، وروواياته إلا لغفلة كانت تدخل عليه وهكذا الصالحين، ولم أر للمتقدمين فيه كلامًا لأنهم كانوا غافلين عنه، وهو من أهل بلدنا ونحن أعرف به ا . هـ .
وسعد ذكره الذهبى فى المغنى فى الضعفاء (١/ ٢٥٤) رقم (٣٣٤٣) وقال: سعد بن سعيد السعدى عن الثورى: وهاه أبو نعيم . ا هـ .
قلت: وقد خالفه عبد الرحمن بن مهدى، فرواه عن الثورى عن حبيب عن أبى صالح عن أبى هريرة ولم يذكر فيه الأعمش .
أخرجه النسائى (٤/ ٢٩٩ - الكبرى) كتاب: الرجم، باب: إقامة الرجل الحد على وليدته إذا زنت حديث (٧٢٤١) عن محمد بن بشار - بندار - عن عبد الرحمن بن مهدى به .
وينظر تحفة الأشرف (٩/ ٣٤٢) .
وللحديث شواهد عن عائشة وابن عمر وعبد الله بن زيد .
- حديث عائشة:
أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٥٧) كتاب: الحدود: باب: إقامة الحدود على الإماء حديث (٢٥٦٦)، والنسائى فى الكبرى (٤/ ٣٠٣) كتاب: الرجم: باب: إقامة الرجل الحد على وليدته إذا زنت حديث (٧٢٦٤) كلاهما من طريق يزيد بن أبى حبيب عن عمار بن أبى فروة: أن محمد بن مسلم حدثه أن عروة حدثه أن عمرة بنت عبد الرحمن حدثته أن عائشة حدثتها أن رسول الله ﷺ قال: «إذا زنت الأمة، فاجلدوها، فإن زنت فاجلدوها، فإن زنت فاجلدوها، ثم بيعوها ولو بضفير» .
وقد رواه عروة وعمرة عن عائشة .
أخرجه النسائى فى الكبرى (٤/ ٣٠٣) كتاب: الرجم: باب: إقامة الرجل الحد على =

قلنا إلا أن الغالبَ أنه لا يباعُ إلا للثمنِ، وإنما لم يبيّن مقدار الثمن؛ اعتمادًا على العرف والعادة؛ فوجَبَ أن يحملَ على العرف، ثم يبطل هذا بالشراء.

فصل: وإن حضر من يطلبه بالزيادة على ثمن المثلِ، لم يجزْ أن يبيعَ بثمن المثل؛ بل عليه قبولُ الزيادة؛ لأنه مأمورٌ بالنصح والنظر للموكّل، ولا نصح ولا نظر للموكّل فى تركِ الزيادةِ، وإن باع بثمن المثل، ثم حضر من يزيد فى حال خيار المجلس، أو كان شرطُ الخيار له، وقلنا: إنه يجوز -ففيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه فسخ البيع؛ لأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة؛ فلا يلزمه الفسخ بالشك.

والثانى: يلزمه الفسخُ، وهو الصحيحُ؛ لأنَّ حال الخيار كحال العقدِ.

= وليدته إذا زنت حديث (٧٢٦٥) وابن عدى فى الكامل (٥/ ٧٤) كلاهما من طريق الليث عن يزيد بن أبى حبيب عن عمار بن فروة: أن محمد بن مسلم حدثه أن عروة وعمرة حدثاه أن عائشة حدثتهما أن رسول الله ﷺ قال: فذكره، وأخرجه العقيلى فى الضعفاء (٣/ ٣٢٤) من طريق الليث عن حبيب عن عمار بن أبى فروة أن محمد بن مسلم حدثه أن عمرة بنت عبد الرحمن حدثته أن عائشة حدثتها أن رسول الله ﷺ قال: فذكر الحديث.

قلت: وهذا كله من ضعف عمار بن أبى فروة، فمرة يرويه عن محمد عن عروة عن عمرة عن عائشة، ومرة يرويه عن محمد عن عروة وعمرة عن عائشة، ومرة يرويه عن محمد عن عمرة عن عائشة والحديث ذكره البوصيرى فى الزوائد (٢/ ٣١٠)، وقال: هذا إسناد: ضعيف عمارة - كذا قال والصواب عمار - ابن أبى فروة قال البخارى: لا يتابع على حديثه، وذكره العقيلى وابن الجارود فى الضعفاء، وذكره ابن حبان فى الثقات فما أجاد. ا هـ.

- حديث ابن عمر:

ذكره ابن أبى حاتم فى العلل (١/ ٤٥٥) رقم (١٣٦٦)، فقال: سألت أبى عن حديث رواه مسلم بن خالد عن إسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر عن النبى ﷺ: «إذا زنت أمة أحدكم فاجلدوها . . .» الحديث قال أبى: هذا خطأ إنما هو ما رواه بشر بن المفضل عن إسماعيل بن أمية عن المقرى عن أبى هريرة. ا هـ.

حديث عبد الله بن زيد أخرجه النسائى فى الكبرى (٤/ ٢٩٨) كتاب: الرجم: باب: حد الزانى البكر حديث (٧٢٣٨) من طريق أبى أويس عن عبد الله بن أبى بكر عن عباد بن تميم عن عمه، وكان شهد بدرًا أن رسول الله ﷺ قال: «إذا زنت الأمة فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير».

قال النسائى: أبو أويس ضعيف، وإسماعيل ابنه أضعف منه.

قلت: وعم عباد بن تميم هو عبد الله بن زيد كما فى تحفة الأشراف (٤/ ٣٤٠) للحافظ المزى.

فى التحفة قول النسائى: أبو أويس ليس بالقوى.

ولو حضر فى حال العقد من يزيد، وجَبَ البيع منه دون من قبله؛ فكذلك إذا حضر فى حال الخيار، وزاد. وقولُ القائل الأوَّل: إنه قد لا يثبت على الزيادة، فيكون الفسخ بالشكّ - لا يصحُّ؛ لأن الظاهر أنه يثبتُ، ولا يكونُ الفسخُ بالشكِّ؛ لأن الشكَّ تجويزُ أمرَيْن لا مزيَّة لأحدهما على الآخر، والظاهر: تجويز أمرين أحدهما أظهَرُ من الآخر.

فصل: وإنْ باع بنقصانٍ يتغابَنُ الناس بمثله بأنْ باع ما يساوى عَشَرة بتسعةٍ -صحَّ البيع، وإنِ اشترى بزيادة يتغابَنُ الناس بمثلها بأنِ اشترى ما يساوى عشَرة بإحدَى عَشْرة؛ صح الشراء، ولزم الموكِّلَ إذا لم يكن من جهته تفريط؛ لأنَّ ما يتغابن الناسُ بمثله يعدُّ ثمن المثل، ولأنه لا يمكن الاحتراز منه؛ فعفى عنه.

وإنِ اشترى بزيادة لا يتغابَنُ الناس بمثلها بأنِ اشترى ما يساوى عشَرة باثنَى عشرة: فإنْ كان الشراء بعين مال الموكِّل - بطل الشراء؛ لأنه عقد على ماله عقدًا لم يأذنْ له فيه، وإن كان الشراء فى الذمَّة، لزم الشراء الوكيلُ؛ لأنه اشترى فى الذمَّة بغير إذن فى العَيْن؛ فوقع الملك له دون الموكِّل.

فصل: وإن باع ما وكل فى بيعه بنقصان لا يتغابَنُ الناس بمثله بأنْ باع ما يساوِى عشرة بثمانية؛ لم يصحَّ البيع؛ لأنه بيع غير مأذون فيه مِنْ جهة النطق، ولا من جهة العرف، ثم ننظر فإن كان المبيعُ باقيًا، وجب ردُّه وإن كان تالفًا، وجب ضمانه. وللموكِّل أن يضمن الوكيل؛ لأنه سلَّم ما لم يكُنْ له تسليمه، وله أن يضمن المشترى؛ لأنه قبض ما لم يكنْ له قبضُهُ، فإن اختار تضمينَ المشترى، ضمنه جميع القيمة وهو عشرة؛ لأنه ضمن المبيع بالقَبْض عن بيع فاسد؛ فضمنه بكمال البدلِ.

وإن اختار تضمينَ الوكيلِ - ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يضمنه جميع القيمة؛ لأنه لزمَهُ ردُّ المبيع؛ فضمنه بجميع بدله.

والثانى: يضمنه بتسعة؛ لأنه لو باعه بتسعة، لجاز؛ فلا يضمن ما زاد على ذلك، ويضمن المشترى تمامَ القيمة، وهو درهم.

والثالث: يضمنه درهمًا؛ لأنه لم يفرطْ إلا بدرهمٍ؛ فلا يضمن غيره، ويضمن المشترى تمامَ القيمة، وهو تسعة، وما يضمنه الوكيل يرجعُ به على المشترى، وما يضمنه المشترى لا يرجعُ به على الوكيل؛ لأن المبيع تلف فى يده، فاستقر الضمان عليه.

فصل: وإن وكَّله فى بيع شىء، وقال له: بعه بما شئت بثمن مثله، وأقلَّ منه حالًا أو مؤجَّلًا بنقدِ البلد، وبغيره -جاز له أن يبيعه على أى وجه تيسر من ذلك؛ لأنَّه قد أذن له فى جميعِ ذلك.

قلت: فإنْ كان فى بعضها إضرارٌ بالموكِّل، لم يجزْ أن يتصرَّف بما فيه إضرارٌ بالموكِّل، وإن كان فى بعضها نظر للموكِّل، لزمه ما فيه نَظَرٌ للموكِّل؛ لما ذكرناه فيه إذا تناول إذنه تصرفَيْن.

فصل: وإن قدر الثمن بأنْ قال: بع بألفِ درهم، لم يجزْ أن يبيع بما دونها لأنَّ الإذنَ فى الألف ليس بإذنٍ فيما دونها، وإن باع بألفَيْن نظَرْت -:

فإن كان قد عيَّن من يبيعُ منه، لم يجزْ؛ لأنه قصد تمليكَهُ بألفٍ؛ فلا يجوز أن يفوِّت عليه غرضه.

وإن لم يعيِّن مَنْ يبيع منه، بل أطلق؛ جاز البيع بالزيادة على المأذون فيه؛ لأنَّ الإذن فى الألْف إذْنٌ فيما زاد مِنْ جهة العرف؛ لأنَّ من رضى فى البيع بألفٍ، رضى بألفَيْن.

وإن قال: «بع بألف، ولا تبع بما زاد»، لم يجز أن يبيعَ بما زاد؛ لأنه صرَّح بالنهى؛ فدلَّ ذلك على غرض قصده من يمينٍ أو غيرها؛ فلم يجزْ مخالفتُهُ.

فصل: وإنْ قال: بع بألفِ درهمٍ، فباع بألف دينار، لم يجزْ؛ لأنه خالَفَ صريحَ إذنِهِ، وإن باع بألفِ درهمٍ ودينار، صحَّ البيع؛ لأنه حصَلَ له الألف وزيادة من الأثمانِ؛ فصار كما لو باعَ بألفى درهم.

فصل: وإن قال: بع بألف درهم، فباع بألفِ درهمٍ وثوب، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يصحُّ؛ لأنه حصَلَ له الألفُ وزيادة؛ فصار كما لو باع بألفِ درهمٍ ودينار.

والثانى: أنه لا يصحُّ فى عقد الثوب؛ لأن الدراهم والثوب تتقسَّط على السلعة؛ فيكون ما يقابلُ الثوب من السلعة مبيعًا بالثوبِ، وذلك خلافُ ما يقتضيه الإذنُ؛ فإنَّ الإذن يقتضى البيعَ بالنقد، والثوب عوض، وهو لم يأذنْ له فى البيع بعوضٍ؛ فعلى هذا: هل يبطلُ العَقْد فى الدراهم؟ فيه قولان؛ بناء على جوازِ تفريقِ الصفقة:

فإن قلنا: لا تفرَّق، بطَلَ فى الجميع.

وإن قلنا: تفرق، بطَلَ فى حصة الثوبِ من السلعة؛ فإن كان قيمتهما سواء بطل

البيع فى نصف السلعة ولا خيار للموكّل فى ذلك؛ لأنه رضى ببيع الجميع بألف، فإذا تناوَلَ ذلك نصفه، فقد زاده خيرًا.

وأما المشترى، فينظر فيه:

فإن كان الوكيلُ لم يذكُرْ أنه يبيع لغيره، فله الخيار؛ لأنَّ الصفقة تبعَّضَتْ عليه.

وإن كان قد ذكر له: أنه يبيعُ لغيره، وأنه أمره أن يبيعَ بألفِ درهمٍ، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنَّ له الخيار؛ لأنَّ الصفقة تبعَّضَتْ عليه.

والثانى: لا خيار له؛ لأنه إذا علم بذلك، فقد رضى بتبعيض الصفقة عليه.

والثالث: إن قال: اعتقدت أنَّ بيعه ينعقدُ على الثوبِ مع الدراهمِ، أو قال: علمْتُ أنَّ بيعه لا ينعقدُ عليه، لكن اعتقدت أنه يكونُ لى الخيار؛ فله الخيارُ؛ لأن ذلك مجملٌ، وإن لم يقل شيئًا من ذلك، فلا خيار له.

والأوَّل أظهر؛ لأن الاعتبار بما يقتضيه العقدُ، والعقدُ اقتضَى أن يكون المبيع صفقة واحدة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

وإن وكله فى بيع عبد بألف، فباع نصفه بألف، جاز؛ لأنه مأذون له فيه من جهة العرف؛ لأن من يرضى ببيع العبد بألف، يرضى ببيع نصفه بالألف، فإن باع نصفه بما دون الألف، لم يصح؛ لأنه ربما لم يمكنه بيع الباقى بتمام الألف.

وإن وكله فى بيع ثلاثة أعبد بألف، فباع عبدًا بدون الألف، لم يصح؛ لأنه قد لا يشترى الباقى بما بقى من الألف، وإن باع أحد الثلاثة بألف، جاز؛ لأن من رضى ببيع ثلاثة بألف، رضى ببيع أحدهم بألف.

وهل له أن يبيع الآخرين؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يملك؛ لأنه قد حصل المقصود، وهو الألف.

والثانى: أنه يجوز؛ لأنه أذن له فى بيع الجميع، فلا يسقط الأمر ببيع واحد منهم؛ كما لو لم يقدر الثمن.

وإن وكله فى شراء عبد بعينه بمائة، فاشتراه بخمسين؛ لزم الموكل؛ لأنه مأذون فيه من جهة العرف؛ لأن من رضى أن يشترى عبدًا بمائة، رضى أن يشتريه بخمسين.

وإن قال: اشتر بمائة، ولا تشتر بخمسين، جاز أن يشترى بمائة؛ لأنه مأذون فيه،

ولا يشترى بخمسين؛ لأنه منهى عنه، ويجوز أن يشترى بما بين الخمسين والمائة؛ لأنه لما أذن فى الشراء بالمائة، دل على أنه رضى بالشراء بما دونها، ثم خرج الخمسون بالنهى، وبقى فيما زاد على ما دل عليه المأمور به.

وهل يجوز أن يشترى بأقل من الخمسين؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه لما نص على المائة، دل على أن ما دونها أولى إلا فيما أخرجه النهى.

والثانى: لا يجوز؛ لأنه لما نهى عن الخمسين، دل على أن ما دونها أولى بالمنع.

وإن قال: اشتر هذا العبد بمائة، فاشتراه بمائة وعشرة، لم يلزم الموكل، وقال أبو العباس: يلزم الموكل بمائة، ويضمن الوكيل ما زاد على المائة؛ لأنه تبرع بالتزام الزيادة.

والمذهب الأول؛ لأنه زاد على الثمن المأذون، فلم يلزم الموكل، كما لو قال: اشتر لى عبدًا، فاشتراه بأكثر من ثمن المثل، ولأنه لو قال: بع هذا العبد بمائة، فباعه بمائة إلا عشرةً، لم يصح، ثم يضمن الوكيل ما نقص من المائة، فكذلك إذا قال: اشتر هذا العبد بمائة، فاشتراه بمائة وعشرة، لم يلزم الموكل، ثم يضمن الوكيل ما زاد على المائة، وإن وكله فى شراء عبد بمائة، فاشترى عبدًا بمائتين، وهو يساوى المائتين، لم يلزم الموكل؛ لأنه غير مأذون فيه من جهة النطق، ولا من جهة العرف؛ لأن رضاه بعبد بمائة لا يدل على الرضا بعبد بمائتين.

وإن دفع إليه دينارًا، وأمره أن يشترى شاةً، فاشترى شاتين، فإن لم تساو كل واحدة منهما دينارًا، لم يلزم الموكل؛ لأنه لا يطلب بدينار ما لا يساوى دينارًا، وإن كان كل واحدة منهما تساوى دينارًا، نظرت: فإن اشترى فى الذمة، ففيه قولان:

أحدهما: أن الجميع للموكل؛ لأن النبى ﷺ دفع إلى عروة البارقى دينارًا؛ ليشترى له شاةً، فاشترى شاتين، فباع إحداهما بدينار، وأتى النبى ﷺ بشاة ودينار، فدعا له بالبركة.

ولأن الإذن فى شاة بدينار إذن فى شاتين بدينار؛ لأن من رضى شاةً بدينار، رضى شاتين بدينار.

والثانى: أن للموكل شاةً؛ لأنه أذن فيه، والأخرى للوكيل؛ لأنه لم يأذن فيه الموكل، فوقع الشراء للوكيل.

فإن قلنا: إن الجميع للموكل، فباع إحداهما، فقد خرج أبو العباس فيه وجهين:
أحدهما: أنه لا يصح؛ لأنه باع مال الموكل بغير إذنه، فلم يصح.
والثاني: أنه يصح؛ لحديث عروة البارقى، والمذهب الأول، والحديث يتأول.
وإن قلنا: إن للوكيل شاة، استرجع الموكل منه نصف دينار، وإن اشترى الشاتين بعين الدينار.

فإن قلنا فيما اشترى فى الذمة: إن الجميع للموكل، كان الجميع هاهنا - للموكل.

وإن قلنا: إن إحداهما للوكيل، والأخرى للموكل، صح الابتياع للموكل فى إحداهما، ويبطل فى الأخرى؛ لأنه لا يجوز أن يحصل الابتياع له بمال الموكل فبطل.

(الشرح) قوله: «فدعا له بالبركة»[1] أى: بالنماء والزيادة، مثل بركة المال والطعام. والبركة أيضًا: الإقامة والدوام، ومنه ﴿فَتَبَارَكَ ٱللَّهُ﴾ [المؤمنون: ١٤] أى: دام، ودوام النعمة أيضًا: الإقامة، ومنه سميت البركة؛ لإقامة الماء فيها.

قوله: «الحديث يَتَأَوَّلُ» أى: يُنْظَرُ ما يَئُولُ إليه أمره فى تفسيره، وهو: تأويله، مأخوذ من الأول، وهو الرجوع، يقال: آل المُلك إلى فلان، أى: رجع.

الأحكام: إن وكَّله فى بيع عبد بألفِ درهمٍ، فباع نصفه بألف درهمٍ، جاز؛ لأنه مأذونٌ فيه من جهة العُرْفِ؛ لأنه من يرضى ببيع جميع العبد بألف، يرضى ببيع نصفه بألفٍ، وإن باع نصفه بما دون الألف، لم يصحَّ البيع؛ لأنه ربمًا لم يمكنه بيع الباقى بتمام الألف.

فصل: وإن وكَّله فى بيع ثلاثة أعبد بألفٍ، فباع عبدًا منها بدون الألف، لم يصحَّ؛ لأنه قد لا يُشْتَرى الباقى منها بما بقى من الألفِ. وإن باع أحد الثلاثة بألفٍ، جاز؛ لأن من رضى ببيع الثلاثة بألف، رضى ببيع أحدهم بألف، وهل يملك الوكيلُ أن يبيعَ العبدَيْن الآخرين من غير إذنٍ جديدٍ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يملك لأنه قد حصل مقصودُ الموكِّل، وهو الألف.

والثانى: أنه يجوز؛ لأنه أذن له فى بيع الجميع؛ فلا يسقط الإذنُ ببيع واحدٍ منهم؛

---

(١) ينظر النظم (٢/٩، ١٠).

كما لو لم يقدر الثمن.

فصل: وإن وكَّله فى شراء عبد بعينه بمائة درهم، فاشتراه بخمسينَ درهمًا، لزم الموكِّل؛ لأنه مأذونٌ فيه من جهة العُرْفِ؛ لأنَّ من رضى أن يشترى عبدًا بمائة، رضى أن يشتريه بخمسين، وإن اشتراه بدينارٍ، لم يلزمه؛ لأنه لم يتناولْهُ إذنُهُ نطقًا ولا عرفًا، وإن قال له: اشترِهِ بمائة، ولا تشتره بأقلَّ منها، فاشتراه بأَقَلَّ منها، لم يجز؛ لأنه خالَفَ صريح لفظه، وفى ذلك تفويتُ غرضه؛ فلم يجز.

وإن قال: اشتره بمائة، ولا تشتره بخمسين، جاز أن يشتريه بمائة؛ لأنه مأذونٌ فيه، ولا يجوز أن يشتريه بخمسين؛ لأنه منهى عنه، ويجوز أن يشتريه بما بين الخمسين والمائة؛ لأنه لمَّا أذن فى الشراء بالمائة، دل على أنه رضى بالشراء بما دونها، ثم خرج الخمسون منها بالنهى؛ فبقى فيما زاد على ما دَلَّ عليه الإذن فى المائة، وهل يجوزُ أن يشتريَهُ بأقلَّ من خمسين؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوزُ؛ لأنه لمَّا رضى من العقد على المائة، دَلَّ على أنَّ ما دونها أَوْلَى، إلا فيما أخرجه بالنهى.

والثانى: لا يجوزُ؛ لأنه لما نهى عن الخمسين، دَلَّ على أن ما دونها أَوْلَى بالمنع؛ لأنه حين أذن فى الشراء بالمائة، ونهى عن الخمسين، كان النهى لاستقلالِهِ الخمسين، واستحقاره إيَّاها، فأفاد من جهة العرفِ: أنْ يكون منهيًّا عن الشراء بأقل من الخمسين.

فصل: وإن قال: اشترِ هذا العبد بمائةٍ، فاشتراه بمائةٍ وعَشَرة، لم يلزمِ الموكل. وإن كان يساوى ذلك.

وقال أبو العباس بن سُرَيْجٍ: يلزم الموكِّلَ شراؤه بمائة، ويضمن الوكيل ما زاد على المائة؛ لأنه تبرّع بالتزام الزيادة والمذهب الأول؛ لأنه زاد على الثمن المأذون فيه؛ فلم يلزم الموكِّل؛ كما لو قال له: اشتر لى عبدًا تركيًّا، فاشتراه بأكثَرَ من ثمن المثلِ، ولأنه لو قال: بع هذا العبد بمائة، فباعه بمائة إلا عشَرة، لم يصحَّ البيع، ولا يضمن الوكيلُ ما نقَصَ من المائة؛ فلذلك إذا قال: اشتر لى العبد بمائةٍ، فاشتراه بمائةٍ وعَشَرة، لم يلزمِ الموكِّلَ، ولم يضمن الوكيلُ ما زاد على المائة.

فصل: وإن وكَّله فى شراء عبد تركى، صفتُهُ كيت وكيت، بمائةٍ، فاشترى عبدًا على تلك الصفات - صح الشراء للموكِّل، وإن اشتراه على تلكَ الصفاتِ بأَقَلَّ من

مائة، جاز؛ لأنه إذا جاز شراؤه بمائة على تلك الصفات، فما دونها أَوْلَى.

وإن اشترى عبدًا على تلك الصفات بمائتَيْن، وهو يساوى المائتَيْن، لم يلزمِ الموكِّل؛ لأنه غير مأذونٍ فيه من جهة النطق، ولا من جهة العرف؛ لأن رضاه العبد بمائة لا يَدُلُّ على الرضا بعبد بمائتَيْن.

وإنِ اشترى له عبدًا على دون تلك الصفات بمائة أو بأقلَّ من مائة، وهو يساوى ذلك، لم يلزمِ الشراء للموكِّل؛ لأنَّ فى العرف أنَّ مَنْ طلَبَ عبدًا على صفةٍ لا يرضى بعبد على دون تلك الصفة، فلا يلزمه.

وإنْ وكَّله فى شراء جاريةٍ، فاشترى غيرها، أو وكَّله فى شراء جاريةٍ سوداءَ، فاشترى بيضاء، أو فى زنجية، فاشترى نوبيَّة، أو فى طويلةٍ أو طباخة، فخالف فى الوصف، أو فى شراء جارية من جالب، فاشتراها من نَخَّاس، أو فى جارية من بلد كذا فاشتراها من غيره، لم يلزم الشراء للموكِّل؛ لما مضى فى مثله.

فإن اختلفا، فقال الوكيلُ: هكذا أمرتَنى، وأنكر الموكِّل، فالقولُ قولُ الموكّل مع يمينه؛ لما يأتى بيانه فى مثله.

فصل: وإن وكَّله فى تزويج امرأةٍ بألفٍ بإذنها، فزوَّجها الوكيل بمائةٍ، أو أذنَتْ للولى فى التزويج بألفٍ، فزوجها الولى بأقل من الألف، أو زوجها بجنس آخر؛ فالنكاحُ صحيحٌ، ولها مهر مثلها.

قال الصيمرى فى «الإيضاح»: وقد أومأ أبو على بن أبى هريرة: إلى بطلان النكاح، وسيأتى بيانه فى موضعه - إن شاء الله، وبه الثقة.

فصل: وإنْ دفع إلى رجُلٍ دينارًا، وأمره أن يشترى له شاةً، فاشترى شاتَيْن: فإنْ لم تساو كلُّ واحدة منهما دينارًا، لم يلزمِ الشراء الموكِّلَ؛ لأنَّه خالف إذنه نطقًا وعرفًا؛ لأن العرف أنه لا يطلب بدينارٍ إلا ما يساوى دينارًا؛ فلم يلزمِ الشراء له، ثُمَّ ينظر:

فإن كان اشترىَ بعين الدينارِ، فهو باطلٌ.

وإن كان فى الذمَّة، فهو للوكيل.

وإن كانتْ كلُّ واحدة منهما؛ تساوى دينارًا - نظَرْت -:

فإنِ اشترى فى الذمَّة، ففيه قولان:

أحدهما: أن الجميعَ للموكِّل.

والثاني: أن للموكِّل شاةً بنصف دينار، والأخرى للوكيل بنصف دينار؛ وبه قال أبو حنيفة.

دليلنا: ما روى عن عروة بن الجعد البارقى؛ أنه قال: «عَرَضَ لرَسُولِ الله ﷺ جَلَبٌ؛ فَأَعْطَانى دِينارا، وَقَالَ: ائْتِ الجَلَبَ، فاشْتَرِ لَنَا شَاةً بِهَذَا الدِّينَار، فَأَتَيْتُ الجَلَبَ واشْتَرَيْتُ بِهِ شَاتَيْن، فَجِئْتُ أَسُوقُهُمَا، فَلَقِيَنِى رَجُلٌ فى الطَّرِيقِ، فَسَاوَمَنى فَبِعْتُ إِحْدَى الشَّاتَيْنِ بِدِينَارٍ، وَجِئْتُ بِالشَّاةِ الأُخْرَى وَدِينَارٍ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ الله، هذِهِ الشَّاةُ، وَهَذَا دِينَارُكُمْ! فَقَالَ: كَيْفَ صَنَعْتَ؟ فحدَّثْتُهُ، فقال: «بَارَكَ الله فى صَفْقَةِ يَمِينِكَ»، وهذا نصٌّ فى أن الشاتَيْن كانتا لرسولِ اللهِ ﷺ لأنَّه أعطاه، وقال: «هَذَا دِينارُكُمْ»، وكان ثمن الشاة الأخرى، ولم ينكر النبى ﷺ ذلك؛ بل دعا له بالبركة.

وإن قيل: أمره إيَّاه بشراء الأضحيَة يضمنُ شراء الشاتين جميعًا، فإنَّ الأضحية لا تختصُّ بعدد دون عدد؛ ألَا تَرَى أنك تشير إلى شاتَيْن أو أكثَرَ، فتقول: هذه أضحيةُ فلان؛ كما تشير إلى شاة واحدة، فتقول: هذه أضحية، قلنا: ليس فى حديث عروة البارقى لفظ أنها أضحية، وإنما هو فى حديث حكيم بن حزام، وهم يُدْخلون حديثًا فى حديثٍ من غير تأمُّل، ولأنَّ قوله: «اشْتَرِ أضحيَةً» يقتضى أضحيةً واحدةً؛ فإنه يقال: «أضحية، و أضحيتان، وأضاحى» ؛ فتوحد وتثنى وتجمع؛ كما يقال: أمنيَّة وأمانى، وأُثْفِيَّة وأثافى، وأوقيَّة وأواقىَ، ولا يجوز أن يشير إلى غنم كثيرةٍ فيقول هذه أضحية، وإنما يقال: هذه أضاحى فلان؛ كما يقال: هذه أمانى فلان، وأثافى فلان، ولأنه أتى بالمأمور به، وزاد من جنسه زيادة منفعة؛ فأشبه إذا قال: «بع هذا بألف»، فباعه بألفَيْن أو قال: اشترِ شاة بدينار، فاشترى شاة تساوى دينارَيْن بدينارٍ.

قالوا: الزيادةُ لم يتناولْهَا الإذنُ؛ فصار كما لو قال: اشتر عبدًا، فاشترى أمةً.

قلنا: يبطلُ بما قِسْنا عليه.

قالوا: لم يرضَ إلا بعهدة شاة؛ فلم يلزمْهُ ما زاد.

قلنا: يبطل بما قسْنَا عليه.

فصل: فإن قلنا: إن الجميع للموكِّل وباع الوكيل إحداهما، فقد خرج أبو العَباس ابن سُرَيْج وجهين:

أحدهما: أنه لا يصحُّ البيعُ؛ لأنه باعَ مالَ الموكِّل بغير إذنِهِ؛ فلم يصحَّ؛ كما لو

باع غيره من أمواله.

والثانى: أنه يصحُّ؛ لحديث عروة البارقى.

والمذهب الأوَّل؛ والحديث يتأوَّل؛ لأنه يحمل على أنه كان وكيلًا مطلقًا.

فصل: وإن قلْنا: إن للوكيلِ شاةً منهما، استرجع الموكّل من الوكيل نصْفَ دينار.

وقيل: هو بالخيار: إن شاء، أقرَّها على ملك الوكيل، واسترجع منه نصف دينار، وإن شاء، انتزعها منه.

فصل: وإن اشترَى الشاتَيْن بعين الدينارِ بأنْ قال: بِعْنى هاتَيْن الشاتَيْن بهذا الدينارِ: فإنْ قلنا فيما اشترى فى الذمَّة: إن الجميع للموكِّل، كان العقد صحيحًا، وكان الجميع هاهنا للموكِّل.

وإن قلنا هناك: إن إحداهما للموكِّل، والأخرى للوكيل، صحَّ الشراء للموكِّل فى إحداهما، ويبطل فى الأخرى؛ لأنه لا يجوزُ أن يجعلَ الشراء فى الأخرى للوكيل بمالِ الموكِّل؛ فبطل.

فصل: وإن اشترى له شاتَيْنِ إحداهما تساوِى دينارًا، والأخرى تساوى أقلَّ من دينار: فإنِ اشترى فى الذمَّة، ففيه قولان:

أحدهما: أن الجميعَ للموكِّل.

والثانى: أن للموكِّل الشاة التى تساوى دينارًا بما يقابلها من الدينارِ، والأخرى للوكيل بما يقابلها من الدينار، ويرجع الموكِّل على الوكيل بقدر ذلك، والتعليل فيه: على نحو ما مضى.

فإن باع الوكيلُ إحداهما: فإن كانت التى تساوى دينارًا، لم يصحَّ البيع وجهًا واحدًا، وإن باع التى لا تساوى دينارًا، كان على وجهَيْن فى المسألة قبلها.

والفرق بينهما: أنه إذا باع التى تساوى دينارًا، فوَّت عليه الغرض؛ فلم يصحَّ؛ كما لو باع الشاتَيْن، وإذا باع الأخرى، لم يفوِّت عليه الغرض؛ فكان على الوجهَيْن.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) إذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل، انتقل الملك إلى الموكل؛ لأن العقد له، فوقع الملك له؛ كما لو عقده بنفسه.

وإن اشترى ما لم يأذن فيه، فإن كان قد اشتراه بعين مال الموكل، فالعقد باطل؛ لأنه عقد على مال لم يؤذن فى العقد عليه، فبطل؛ كما لو باع مال غيره بغير إذنه.

وإن اشتراه بثمن فى الذمة، نظرت: فإن لم يذكر الموكل فى العقد، لزمه ما اشترى؛ لأنه اشترى لغيره فى الذمة ما لم يأذن فيه، فانعقد الشراء له، كما لو اشتراه من غير وكالة.

وإن ذكر الموكل فى العقد، ففيه وجهان:

أحدهما: أن العقد باطل؛ لأنه عقد على أنه للموكل، والموكل لم يأذن فيه، فبطل.

والثاني: أنه يصح العقد، ويلزم الوكيل ما اشتراه، وهو قول أبى إسحاق، وهو الصحيح؛ لأنه اشترى فى الذمة، ولم يصح فى حق الموكل؛ فانعقد فى حقه، كما لو لم يذكر الموكل.

(الشرح) الأحكام: إذا اشترى الوكيلُ ما أذن فيه الموكِّل، انتقل الملك إلى الموكِّل دون الوكيل.

وقال أبو حنيفة[١] : ينتقل إلى الوكيل، ثم إلى الموكِّل.

---

(١) قال فى تبيين الحقائق (٤/ ٢٥٦): قال رحمه الله (والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة والصلح عن إقرار، تتعلق بالوكيل إن لم يكن محجورا كتسليم المبيع وقبضه، وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة فى العيب، والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه) . . . ولنا: أن الوكيل أصل فى العقد؛ لأن العقد يقوم بالكلام، وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا؛ فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف وأفعاله، غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم جعلناه نائبا فى حق الحكم للضرورة؛ كي لا يبطل مقصوده، وراعينا الأصل فى حق الحقوق إذ لا ضرورة فى حقها، والدليل على أنه أصل فى العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل، ولو كان سفيرا - كما زعم [أى الشافعي] - لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح وأخواته حتى إذا أضافه إلى نفسه كان له دون الموكل، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه لا يتعذر إضافة العقد إليه وإيقاع الحكم للموكل . فإذا أضافه إليه كان أصيلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة فيه وهى الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع أو رجوعه هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة فى العيب وغير ذلك من حقوق العقد، ولا نسلم أن الحكم يقع له فى رواية، بل يقع للوكيل ثم ينتقل إليه فيكون بينهما مبادلة حكمية فلنا أن نمنع، والصحيح أنه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل فى حق الكل لكن فى حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلا فيه، كالعبد يتهب أو يصطاد؛ ولهذا لا يعتق على الوكيل إذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله: والملك يثبت للموكل ابتداء . . . إلخ، وكذا إذا اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا وفى حق الحقوق لم يخلفه، فإذا كان أصلا فى حق الحقوق جاز =

دليلنا: هو أن العقد للموكِّل؛ فوقع الملك له؛ كما لو عقده بنفسه، ولأنَّ من عقد لغيره عقدًا، وصحَّ له، وقع الملك لمن عَقَدَ له بنفس العقد؛ كالولى والحاكم إذا اشترى للمولى عليه شيئًا، والوكيل فى البيع، فإنه ينتقل الملك إلى المشترِى من جهة البائع دون الوكيل، والوكيل فى النكاح؛ فإنَّ البضع فيه ينتقلُ إلى الموكل دون الوكيل، ولأنه لو اشترى الوكيل أبا نفسِهِ، لم يَعْتِقْ عليه؛ فدَلَّ على أنه لم يملكْ، ولأنه لو وقع له، لم ينتقلْ إلا بسبب حادث.

قالوا: لو لم يقعِ الملكُ له، لمَا وقع إذا خالف الموكّل فيما اشتراه له، ويدلُّ عليه: أن الوكيل فى النكاحِ إذا خالف إذن الموكِّل، بطل العقد حين لم يدخل البضع فى ملك الوكيل.

قلنا: يبطل بالأب والحاكم؛ ويخالفُ النكاح؛ فإن أعيان الزوجَيْن فيه مقصودةٌ؛ فلم يحصلِ النقل بالمخالفة وأعيان المتبايعَيْن غير مقصودة، فانتقَلَ إلى الوكيلِ بالمخالفة.

فصل: وإنِ اشترى ما لم يأذن فيه الموكِّل: فإنْ كان قد اشتراه بعَيْن مالِ الموكِّل؛ بأن قال للبائع: أنا أشترى هذا لفلانٍ، وهذا عين ماله، ولم يأذنْ لى فى العقد عليه، وعقد العقد عليه بأنْ قال: بعنى هذا بهذا، فالعقد باطلٌ؛ لأنه عقد على ما لم يؤذنْ فى العقد عليه على تلك الحال؛ فبطل؛ كما لو باع مال غيره بغير إذنِهِ.

وإن اشتراه بثمن فى الذمَّة - نظرْت -:

فإن لم يذكر الموكِّل فى العقدِ، لزم الوكيل ما اشتراه؛ لأنه اشترى لغيره فى الذمَّة

= توكيله فيها ولا يجوز توكيل الموكل فيها؛ لأنه أجنبى عنها .

وافقنا الحنابلة؛ فقد قال فى كشاف القناع (٣/ ٤٧٢): (وحقوق العقد) كتسليم الثمن وقبض المبيع، وضمان الدرك، والرد بالعيب ونحوه (متعلقة بالموكل؛ لأن الملك ينتقل إليه) أى الموكل (ابتداء، ولا يدخل) المبيع (فى ملك الوكيل فلا يعتق قريب وكيل عليه) ؛ لأنه لم يملكه وكذا لو قال لعبد إن اشتريتك فأنت حر، واشتراه بالوكالة - لم يعتق على الوكيل (ولا يطالب) الوكيل (فى الشراء بالثمن، ولا) يطالب الوكيل (فى البيع بتسليم المبيع، بل يطالب بهما الموكل) ؛ لأن حقوق العقد متعلقة به . وفى المغنى والشرح: وإن اشترى وكيل فى شراء فى الذمة فكضامن، وقاله المجد وابن نصر الله، وقال الشيخ تقى الدين: فمن وكل فى بيع أو شراء أو استئجار فإن لم يسم موكله فى العقد فضامن وإلا فروايتان، وظاهر المذهب يضمنه؛ فيحمل كلام المصنف على الثمن المعين .

ما لم يؤذنْ فيه على تلك الصفةِ؛ فانعقد الشراء له؛ كما لو اشترى من غير وكالة.

وإن ذكَر الموكّل فى العقد؛ بأن قال: إنى أشتريه لموكّلى فلان، ففيه وجهان:

أحدهما: أن العقد باطلٌ؛ لأنه عقد على أنّه للموكِّل، والموكِّل لم يأذنْ فيه على ذلك؛ فبطل.

والثانى: أنه يصح العقد، ويلزم الوكيل ما اشتراه؛ وهو قول أبى إسحاق المروزى، وهو الصحيحُ؛ لأنه اشتراه فى الذمَّة؛ فلم يصحَّ فى حقِّ الموكِّل؛ فانعقد فى حق الوكيل؛ كما لو لم يذكر الموكل.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وكله فى قضاء دين، لزمه أن يشهد على القضاء؛ لأنه مأمور بالنظر والاحتياط للموكل، ومن النظر أن يشهد عليه؛ لئلا يرجع عليه.

فإن ادعى الوكيل أنه قضاه، وأنكر الغريم؛ لم يقبل قول الوكيل على الغريم؛ لأن الغريم لم يأتمنه على المال، فلا يقبل قوله عليه فى الدفع، كالوصى إذا ادعى دفع المال إلى الصبى.

وهل يضمن المال للموكل؟ ينظر فيه: فإن كان فى غيبة الموكل، وأشهد شاهدين، ثم مات الشهود أو فسقوا؛ لم يضمن؛ لأنه لم يفرط، وإن لم يشهد ضمن؛ لأنه فرط وإن أشهد شاهدًا واحدًا؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن؛ لأن الشاهد مع اليمين بينة.

والثانى: يضمن؛ لأنه فرط حيث إنه اقتصر على بينة مختلف فيها، وإن كان بمحضر الموكل وأشهد، لم يضمن، وإن لم يشهد، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن؛ لأن المفرط هو الموكل، فإنه حضر وترك الإشهاد.

والثانى: أنه يضمن؛ لأن ترك الإشهاد يثبت الضمان، فلا يسقط حكمه بحضور الموكل، كما لو أتلف ماله وهو حاضر.

وإن وكله فى إيداع ماله عند رجل، فهل يلزمه الإشهاد؟ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه؛ لأنه لا يأمن أن يجحد فيشهد عليه الشهود.

والثانى: لا يلزمه؛ لأن القول قول المودع فى الرد والهلاك، فلا فائدة فى الإشهاد.

وإن وكله فى الإيداع، فادعى أنه أودع، وأنكر المودع، لم يقبل قول الوكيل عليه؛ لأنه لم يأتمنه المودع، فلا يقبل قوله عليه، كالوصى إذا ادعى دفع المال إلى

اليتيم.

وهل يضمن الوكيل؟ ينظر فيه: فإن أشهد، ثم مات الشهود، أو فسقوا، لم يضمن؛ لأنه لم يفرط، وإن لم يشهد، فإن قلنا: إنه يجب الإشهاد؛ ضمن؛ لأنه فرط، وإن قلنا: لا يجب، لم يضمن؛ لأنه لم يفرط.

(الشرح) قوله: «لأنه فرط»[1] هو مِنْ: فَرَطَ، أى: تقدم، والفرط: أول الواردة[2]، كأنه تقدم فى البيع من غير روية ولا استظهار. وقال الجوهرى: فَرَطَ فى الأمر يفرط، أى: قصَّر فيه وضيعه حتى فات، وكذلك التفريط.

الأحكام: إن وكله فى قضاء دَيْن بأنْ دفع إليه شيئًا، أو كان عنده وديعة له، فأذن له فى دفعِ ذلكَ إلى صاحب الدَّيْن، لزمه أن يشهد علَى القضاءِ؛ لأنَّه مأمور بالنظر والاحتياطَ للموكِّل.

ومن النظر والاحتياط: أن يشهد عليه؛ لئلا ينكر المدفوع إليه الدفع؛ فيرجع على الموكِّل: فإنِ ادَّعى الوكيلُ أنَّه قضى الغريمَ دينه، وأنكر الغريم القبض، لم يقبل قول الوكيل على الغريم، بل القول قول الغريم مع يمينه؛ لأن الغريم لم يأتمنْهُ على المال، ولا يقبل قوله على الغريم فى الدفع؛ كالوصى إذا ادعى دفع المال إلى الصبى بعد رشده، ولأنَّ الوكيلَ نائبٌ عن الموكل.

ولو ادعى الموكِّل الدفع إلى الغريم لم يقبل منه؛ فكذلك الوكيل: إذا حلف كان له أن يطالب الموكل بدَيْنه، ولم يكن له أن يطالب الوكيل بشىء؛ لأنه لم يدفع إليه شيئًا، والذى دفعه إليه الموكِّل، لم يكنْ له فيه شىء بعد.

وهلْ يضمن الوكيل المال للموكِّل؟ ينظر فيه:

فإن كان ذلك فى غَيْبَة الموكِّل، وأشهد عليه شاهدَيْن عدلين، أو شاهدًا وامرأتَيْن، ثم مات الشهودُ، أو فَسَقوا -: لم يضمنْ؛ لأنه لم يفرطْ.

وإن لم يشهد، أو أشهد عبدَيْن، أو فاسقَيْن، وهما على حالهما -ضمن، سواءٌ صدَّقه الموكِّل أو لم يصدِّقه.

وخرج أبو العبَّاس بن سُرَيْج وجهًا آخر: أنه إن صدَّقه، لم يلزمه الضمان، وإن

---

(١) ينظر النظم (٢/ ١٠).
(٢) ينظر الصحاح (فرط).

كذَّبه، فالقول قول الوكيل مع يمينه. فإذا حلف، لم يلزمه الضمان؛ كما يقبل قوله على الموكِّل فى البيع والقَبْض فى أحد القولين؛ وهو قول أبى حنيفة.

والمذهب الأوَّل؛ لأن التوكيل فى ذلك يقتضِى دفعًا مبرئًا، وذلك يحصلُ بالإشهادِ عليه، فإذا لم يفعلْ، فقد فرَّط فيه؛ فلزمه الضمانُ.

فإن قيل: فهو لم يأمره بالإشهاد، فأشبه إذا كان بحضرة الموكِّل.

قلنا: إطلاق القصد فى القضاءِ يقتضى ما ذكَرْناه؛ لأنَّه لا يثبتُ إلا به، وفى الأصْل وجهان.

وإنْ أشهد شاهدَيْن ظاهرهما العدالةُ، ثم بان أنهما كانا فاسقَين، - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن؛ لأن الذى عليه معرفة الظاهر دون الباطن.

والثانى: يضمن؛ لأنه أشهد مَنْ لا يثبت الحقُّ بشهادته؛ فأشبه العبدَيْن.

وإن أشهد شاهدًا واحدًا عدلًا فمات أو غاب - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن؛ لأن الشاهد مع اليمين بيِّنةٌ؛ فهو كما لو أشهد شاهدَيْن، ثم ماتا أو غابا.

والثانى: يضمن؛ لأنه فرَّط حيث اقتصر على بيِّنةٍ مختلَفٍ فيها، ويخالف الشاهدَيْن؛ لأنه يثبتُ بهما الحقُّ بالإجماع.

فصل: وإن كان الدفعُ بمحضر من الموكِّل، وأشهد عليه، لم يضمنْ؛ لأنه لم يفرِّط، وإن لم يشهدْ، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن؛ لأن المفرِّط هو الموكِّل، فإنه حضر وترك الإشهاد؛ فكان التفريط منه.

والثانى: أنه يضمن؛ لأن ترك الإشهاد يثبت الضمان؛ فلا يسقط حكمه بحضور الموكل كما لو أتلف ماله، وهو حاضر.

فصل: وإن وكَّله فى إيداعِ مالٍ عند رجلٍ: فهل يلزمُ الوكيلَ الإشهادَ على إيداعه عنده؟ ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه؛ لأنه لا يأمنُ أن يجحد المودع الإيداع، ويشهد عليه الشهود بذلك فيثبت.

والثانى: لا يلزمه لأن القول قول المودع فى الرد والهلاك فلا فائدة من الإشهاد، والأولى أن نقول بل فيه فائدة، وهو أنه إذا أنكر الوديعةَ، فأقام البينة بها، صار ضامنا

لها.

وإن وكَّله فى الإيداع، فادَّعى الوكيلُ أنه أودعه، وأنكر المودع، لم يقبلْ قول الوكيل عليه؛ لأنه لم يأتمنْهُ المودع؛ فلا يقبل قوله عليه؛ كالموصى إذا ادعَى دفع المال إلى اليتيم؛ فإنه لا يقبل قوله عليه، فإن حلف، سقطَتْ عنه الدعوى.

وهل يضمن الوكيل للموكل المال؟ - نظَرْت -:

فإن أشهد عليه، ثمَّ مات الشهود، أو فسقوا، أو غابوا، لم يضمنْ؛ لأنه لم يفرِّطْ وإن لم يشهد، فإن قلنا: يجب الإشهاد وكان فى غيبة الموكِّل، ضمن، وإن كان بحضرته، فعلى الوجهَيْن فى قضاءِ الدَّيْن.

وإن قلنا: لا يجبُ الإشهاد، لم يضمن فى الحالين؛ لأنه لم يفرط.

فصل: وإن ادعى الوكيلُ الدفع فى مسألة الدَّيْن، وصدَّقه صاحبُ الدين، وأنكر الموكِّل ذلك، فلا ضمانَ على الوكيلِ، أشهد على الدفع أو لم يشهد؛ لأنَّ الذى لزمه أن يدفع دفعا يبرئ الموكِّل من الدَّيْن، وقد حصل ذلك بإقرارِ الغريم؛ فأشبه لو حصل ذلك بالإشهاد عليه، وإن ادعى الوكيل الدفع فى مسألة الإيدَاع، وترك الإشهاد، وصدَّقه المودع، وأنكر الموكل ذلك - نظَرْت -:

فإن كان المالُ باقيًا، لم يكنْ لاختلافهم معنًى، وإن كان تالفًا، فالقولُ قولُ المودع مع يمينه: أنه تلف. فإنْ حلف، لم يضمنها، وهل يجبُ على الوكيل ضمانها؟ هو على الوجهَيْن فى المسألة قبلها:

فإن قلنا: إن الإشهاد لا يجبُ فى ذلك، لم يجبْ عليه ضمانها؛ لأنه لم يفرِّط.

وإن قلنا: إنَّ الإشهادَ يجبُ، وجب عليه ضمانها؛ لأنه فرَّط فى ترك الإشهاد؛ فلا يسقط عنه الضمانُ بتصديقِ المودِع مع التلف.

قلت: وإن صدَّق الموكِّل على الإيداعِ، والتلف، فلا يمين على واحد منهما، والكلام فى الضمانِ على ما مضَى؛ لأن التفريطَ موجود.

فصل: وإن أودَعَ رجلًا مالًا، ثمَّ أذِنَ له أنْ يُرسلَهُ إليه على يدِ ثقةٍ، فدفعه المودع إلى ثقة؛ ليوصله إليه، وأشهد عليه، فتلف فى يد الثقة، فلا ضمان على واحد منهما، فإنِ ادعى الثقة أنه أوصَلهُ إلى صاحب المال، وأنكر صاحبه إيصالَهُ إليه، فالقولُ قولُ الثقة مع يمينه: أنه دفعه له؛ لأنه وكيلُه؛ فكان القولُ قولَهُ؛ كما لو أودعه ابتداء.

وإن ادعى الثقة أنه ردَّه إلى الدافع، وأنكر الدافع ردَّه إليه، فالقولُ قول الثقةِ: أنه

رده إليه، ويبرئ إذا حلف.

قال الصيمرى فى «الإيضاح»: ثم يكون القولُ قولَ الدافع مع يمينه: أنه ما ردَّه إليه، فإذا حلف، لم يكنْ عليه - أيضًا - ضمانٌ.

فإنْ قال صاحبُ المال للمودع إنَّك لم توكِّله أصلًا، وقال المودع: بل وكَّلته، وأرسلت معه المالَ: فإنْ كان له بيِّنة بالتوكيل، فالحكم فيه على ما مضى، وإن لم يكنْ له بينة بالتوكيلِ - ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّ القولَ قولُ المالكِ مع يمينه؛ لأنَّ الأصلَ عدم التوكيل؛ فعلى هذا: لا يقبل قولُ الرسول فى الردِّ.

والثانى: أن القولَ قولُ المودع مع يمينه بالله - تعالى -: أنه وكَّل هذا، وعلى هذا: يقبل قولُ الرسول فى الردِّ.

والأول أصحُّ.

فصل: فإنِ ادعَى رجلٌ عند الحاكم: أنه وكيلُ فلان بن فلان، فرفع فى نسبه حتى ميزَّه بذلك عن غيره، أو ذكر له حِرفْة أو غيرها مما يتميز به عن أشكاله، وأقام بينة على ذلك، سمع الحاكمُ بينتَهُ، وحكَمَ بأنه وكيلُ ذلك الرجل، وصح تصُّرفه له؛ لأنه يتميز بذلك عن أشكاله؛ كما يتميز الحاضر بحضوره.

وإن حضر رجلٌ عند الحاكم، والحاكمُ يعرفه باسمِهِ ونسبِهِ، فوكَّل رجلًا بين يدَيْه فى إثباتِ حقوقه، واستيفائها ثبتتِ الوكالةُ بذلك، وكان للوكيلِ أن يتصرَّف له فى حضوره، وإذا غاب، وقلنا: إن للحاكم أن يحكم بعلمه، كان له أن يأتى الحاكمَ ويقول: إنَّ موكِّلى فلان بن فلان يستحقُّ على فلان كذا وكذا، وكان للحاكم أن يسمَعَ دعواه على الغريم.

وإن قلنا: لا يحكم بعلمه، لم يسمعْ دعواه حتى يثبتَ الوكالة ببيِّنة.

وإن حضر عند الحاكمِ، والحاكمُ لا يعرفه باسْمِهِ ونسبه، فوكَّل رجلًا فى إثباتِ حقوقه، واستيفائها، ثبتتِ الوَكَالة، وكان للوكيل أن يتصرَّف فى خصومة الموكِّل، وإن غاب الموكِّل، لم يكنْ له أنْ يقول: موكلى فلان بن فلان يستحقُّ على فلانٍ كذا وكذا، إلا بعد أن يقيمَ البيِّنة أن الذى وكَّله هو فلان بن فلان الذى يدعى عليه؛ لأنَّ الحاكم لم يعرفْ ذلك الرجل باسمه ونسبه، وإنما عرفه بعينه. فإذا قال: هو فلان بن فلان، لم يقبلْ منه إلا ببيِّنة.

فإنْ أحضر رجلٌ وكيل خصمه الغائب، وادعى عليه حقًّا، فأنكر الوكيل، فأقام بينة بذلك عليه، وحلف، وحكم له الحاكم بالحق، ثم حضر الموكِّل، وأقام بينةً أنه كان قد عزل الوكيل قَبْلَ ذلك -: لم يقدحْ ذلك فى الحكم؛ لأنه أكثر ما فيه: أنه قضى على الغائب بالبينة واليمين لغير وكيل له، وذلك جائزٌ.

وإن أحضر وكيل الغائب رجلًا، وادعى عليه للموكل حقًّا، وأنكره، فأقام البينة عليه بذلك: فقال المشهود عليه للحاكم: حلِّفه أنه يستحقُّ علىَ المطالبة، لم يسمع الحاكمُ ذلك منه؛ لأنَّ ذلك طعن فى الشهود. وإن قال: صدَقَ الشاهدان، ولكن الموكِّل قبض حقه، أو قال: أبرأنى منه، ولم يدَّع علم الوكيل، لم يَسْمَعْ منه هذه الدعوى؛ لأنَّه لو سمعها منه، وقفت المطالبة بالحقِّ إلى حضور الموكِّل ويمينه؛ فتقف بذلك الحقوق؛ بل يقال له: ادفع الحقَّ الذى ثبَتَ عليك، وأنتَ على دَعْواك إلى حضور الموكّل. وإن سألَ الحاكم أنْ يحلفَ الوكيل أنَّ موكِّله ما قبض، أو ما أبرأ، لم يحلفْهُ؛ لأن الوكيل لا يحلف عن الموكِّل.

وإن ادعى عِلْم الوكيل بذلك، سمع دعواه، وسأل الوكيل عنه: فإنْ صدَّقه، بطلَتْ وكالته، وسقطَتْ مطالبته، وإنْ أنكر، حلفه بالله: أنه لا يعلم ذلك، وبه قال زُفَر.

وقال أبو حنيفة: لا يحلفه.

دليلنا: هو أنه لو صدَّقه عليه، سقَطَتْ مطالبته، فإذا أنكر، توجَّهتْ عليه اليمين؛ كالموكل.

قالوا: هذه اليمين توجَّهتْ على الموكِّل؛ فلا ينوبُ فيها الوكيلُ.

قلنا: ليس بنائب عن الموكِّل فيها، إلا أنَّ تصديقه لا يسقطُ حقَّ الموكّل، وإنما يسقطُ حقَّه من المطالبة، والمطالبة حقٌّ للوكيل.

وإن قال: قد عزلك الموكِّل، فاحْلِفْ أنه ما عزلك، لم تسمعْ دعواه؛ لأنه يدَّعى على الموكِّل، واليمين لا تدخلها النيابة.

وإنِ ادعى أنه يعلم أن الموكِّل عزله، سمعتْ دعواه، فإنْ أنكر الوكيل ذلك، حلَفَ أنه لا يعلم أنَّ الموكِّل عزله، فإنْ أقام البيِّنة بالعزل، بَطلَتِ الوكالة.

فصل: إذا حضر رجلٌ عند الحاكم، وادعى أنه وكيل فلان، وأقام شاهدًا واحدًا، وأراد أن يحلف معه أو أقام شاهدًا وامرأتَيْن، لم تثبتِ الوكالةُ بذلك؛ لأن الشاهد

واليمين يقضى بهما فى المال، أو ما يقصد به المال، والشاهد والمرأتان يقضى بهم فى المال، أو ما يقصد به المال، أو فيما لا يطَّلع عليه الرجال، وإثبات الوكالة إثبات تصرُّف؛ فلا تثبتُ بذلك؛ كالتصرُّف بالوصية.

ويخالف الوصية بالمال؛ فإن المقصود منه إثبات المال دون التصرُّف.

وإن أقام شاهدَيْن، شهد أحدهما أنه وكَّله، وأطلق الشهادة، وشهد الآخر أنه وكَّله، ثم عزله، لم تثبت الوكالة؛ لأن الذى شهد أنه وكَّله، ثم عزله لا يفيد توكيلًا فى الحال؛ فلا تثبتُ الوَكالةُ بالشاهد الآخر.

وإن شهدا جميعًا بالوكالةِ، وأطلقا، ثم عاد أحدهما بعد الحكم بها، فشهد أنه كان قد عزله لم تسمعْ شهادته؛ لأنه رجَعَ عنها بعد الحكم بها؛ فلم تسمعْ.

وإن شهد أنه عزله بعد الحكم بثبوت الوكالة، لم يحكم بالعزل؛ لأن الوكالة قد ثبتت، والعزل لا يثبتُ بشاهد واحد.

وإن شهدا جميعًا أنه عزَلَه بعد الحكم بالوكالة، ثبت العزل؛ لأن الشهادة تمَّت فى العزل.

وإن رجع أحدهما عن الشهادة قَبْل الحكم بثبوتها، وقال: كان قد عزله، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يقبل رجوعه؛ لأنه رجوع بعد الشهادة؛ فأشبه إذا كان بعد الحُكْم بها.

والثانى: يقبل، ولا يحكم بثبوت الوكالة؛ وهو الصحيحُ؛ لأنه لو قال ذلك فى حال الشهادة، لم يجز الحكم بها؛ فكذلك إذا قاله قبل الحكم بثبوتها، لم يجز الحكم بها؛ كفسق الشاهد.

فصل: وإنْ شهد أحدُهما أنه وكَّله يوم الخميس، وشهد الآخر: أنه وكَّله يوم الجمعة - لم تثبت الوكالة؛ لأن التوكيل فى يوم الخميس غير التوكيل فى يوم الجمعة، ولم يشهد فى كلِّ واحد إلا واحد؛ فلم تثبتْ، وإن شهد أحدهما أنه أقرَّ يومَ الخميس: أنه وكَّله، وشهد الآخر: أنه أقرَّ يوم الجمعة أنه وكَّله -ثبتتِ الوكالة؛ لأنَّ الشهادة بالإقرارَيْن إخباران عن عقد واحد، ويتعذَّر ويشقُّ جمع الشهود ليقرَّ عندهم فى حالٍ واحدةٍ؛ فيجوز له الإقرار بها عند كلِّ واحد منهما.

وإن شهد أحدهما أنَّه أقرَّ عنده بالعربية: أنه وكَّله، وشهد الآخر أنه أقرَّ عنده بالأعجمية: أنه وكله - ثبتت الوكالة؛ لما ذكرناه.

وإن شهد أحدهما أنه وكَّله بالعربيَّة، وشهد الآخر: أنه وكَّله بالأعجمية - لم تثبتِ والوكالة، وكذلك: إن شهد أنه قال له: وكَّلتُكَ، وشهد الآخر: أنه قال: أذِنْتُ لك في التصرُّف، أو شهدَ أحدهما: أنه قال: أنتَ وكيلي، وشهد الآخر: أنه قال: أنتَ جريِّي - لم تثبتِ الوكالة؛ لأنَّ شهادة الأوَّل على عقدٍ، وشهادة الآخر على عقد آخر؛ لاختلاف اللفظين؛ فلم تثبتْ؛ لأنه لم يكمل الشهادة على عقد واحد.

وإن شهد أحدهما بأنه أقرَّ أنه جعَلَهُ وكيلًا في كذا وكذا، وشهد الآخر: أنه أقرَّ عنده بأنَّه جعله جريًّا فيه، أو شهد أحدهما أنه أقرَّ عنده بأنه وكَّله في بيعِ عبده - ثبتَتِ الوكالةُ؛ لأن المشهود به واحدٌ، وإن اختلفا في لفظ الإخبار؛ لأنهما لم يحكيا لفظَ الموكِّل، وإنما عبَّرا عن التوكيل بلفظهما، واختلافُهما في لفظهما لا يؤثِّر إذا اتفقا في المعنَى، وإنْ شهد أحدهما أنه قال: وكَّلتك في بيعِ عبدي، وشهد الآخر أنه أَذِنَ له في بيعِ عبده -ثبتَتِ الوكالةُ؛ لأنَّ الأول أتى بلفظِ العقد، والثاني أتى بمعناه؛ فثبتت الوكالة بذلك.

وإن شهد أحدهما بأنه قال: وكلتك في قبض حقوقي، وشهد الآخر: أنه قال: أوصيْتُ إليك في قبض حقوقي - لم تثبتِ الوكالُة؛ لأنَّ قوله «وكَّلتك» غير قوله: «وصيت إليك» في اللفظِ والمعنَى.

وإن شهد أحدهما أنه قال: وكَّلتك في قبض حقوقي، وشهد الآخر أنه قال أوصيْتُ إليك في قبض حقوقي في حياتي -لم تثبتِ الوكالةُ -أيضًا - لأنَّ الأول شهد بعقد، والآخر شهد بعقد آخر؛ فلم تثبتْ؛ لأن الشهادة لم تكملْ على عقد واحد.

وإن شهد أحدهما أنه أقرَّ بأنه وكَّله في قبضِ حقوقِهِ، لم يثبتِ الإذن؛ لأنَّ التوكيلَ إذن في التصرُّف في حال الحياة، والإيصاء إذنٌ في التصرُّفِ بعد الوفاة؛ فتكونُ شهادة أحدهما إخبارًا عن عقد، وشهادة الآخر إخبارًا عن عقد آخر؛ فلا تثبتُ بذلك.

وإن شهد أحدهما أنه أقرَّ أنه وكَّله في قبض حقوقِهِ، وشهد الآخر أنه أقرَّ أنه أوصَى إليه في قبضِ حقوقِهِ في حياته -ثبتتِ الوكالةُ؛ لأن المخبر به واحدٌ، وإن

اختلف لفظُ الإخبار عنه.

فصل: وإنِ ادعى أنه وكَّله فى بيع عبد، وأقام شاهدَيْن؛ شهد أحدهما أنه وكَّله فى بيعه، وشهد الآخر أنه وكَّله ورجلًا آخر فى بيعه -لم تثبتِ الوكالةُ؛ لأنَّ الأوَّل: شهد بتوكيله له على الانفراد، والثانى شهد بتوكيله له مع غيره؛ فلم تكملِ الشهادةُ بالوكالة على الانفرادِ، ولا على الاجتماعِ.

وإن شهد أحدهما أنه وكَّله فى بيعِهِ، وشهد الآخر: أنه وكَّله فى بيعه بعد أن يستأمر فلانًا -لم تثبتِ الوكالة؛ لأنه فى معنى المسألة قبلها.

وإنْ شهد أحدهما أنه وكَّله فى بيع سالم، وشهد الآخر أنه وكَّله فى بيع سالمٍ وغانم -ثبتتِ الوكالةُ فى بيع سالم دون غانم.

وإنْ شهد أحدهما أنه وكَّله فى بيعه لزيد، وشهد الآخر أنه وكَّله فى بيعه لزيد، وإن شاء لعمرو -ثبتتِ الوكالة فى بيعه لزيد؛ لأنه لا يمتنعُ أن يكون الشاهد الثانى شاهدًا له بأمر آخر.

فصل: إذا شهد شاهدان أن فلانا الغائب وكَّل هذا فى كذا وكذا، فقال الوكيل: ما علمتُ ذلك، وقد علمتُ الآنَ، وقبلْتُ الوكالة -ثبتت الوكالة؛ لأنه لا يعتبر فى صحَّة الوكالةِ علْمُ الوكيل بالإيجابِ فى حالِ العقد، وإنما يعتبر وجود الإيجاب، وقد ثبت وجوده.

وإن قال الوكيل: ما أعلَمُ ذلك، رجع إليه:

فإن قال: أردتُ أننى لم أكنْ علمتُ، وقد علمتُ الآن، وقبلْتُ الوكالة - فهو كالمسألة التى قبلها؛ لأنَّ ذلك مما يحتمله كلامُهُ.

وإن قال: أردتُ أنى لا أعلَمُ صِدْقَ الشاهدَيْن، أو لا يقع ذلك فى قلبى، ولا أعلمه بقولهما - لم تثبتِ الوكالة؛ لأنَّ ذلك قدح فى الشاهدين.

فصل: وإن أحضر من ثبتت وكالته خصمًا لموكله، فشهد ابنا الموكِّل أن أباهما عزله - نظَرْت -:

فإن قال الوكيل: صدَقَا، انعزَلَ، سواء عزله الموكِّلُ أو لم يعزلْهُ؛ لأنه اعترف بالعزل؛ فصار كما لو اعترف بالعزل مِنْ غير شهادتهما.

وإن قال: بل أنا على وكالتى - نظَرْت فى الغريم:

فإن ادعَى ذلك، ثبت العزلُ بشهادتهما؛ لأنهما يشهدان على أبيهما.

وإن لم يدَّع ذلك، لم تسمع شهادتهما؛ لأنهما يشهدان لمن لا يدَّعى ما يشهدان به. فإنْ قبض الوكيل الحقَّ، ثم حضر الموكِّل، وادعى أنه كان عَزَل الوكيلَ، وأنَّ حقَّه باق فى ذمّة الغريمِ، وشهد له ابناه -لم تقبلْ شهادتهما؛ لأنهما يثبتان حَظًّا لأبيهما.

فصل: إذا ادعى رجلٌ الوكالة؛ فشهد له شاهدان: أَحَدُهما ابنُ الآخر - ثبتَتِ الوكالة؛ لأنَّ قرابة أحد الشاهدَيْن من الآخر لا تقتضى تهمة؛ فلا يقدحُ فى ثبوتها.

وإن كانا ابنى الوكيلِ، أو أحدهما ابنه، والآخر أباه -: لم تثبت الوكالة؛ لأنه يثبت له بها حقُّ التصرُّف، ولا يثبت له حق بشهادة الوالد والولد.

وإن كانا أخويه أو عميه أو خاليه -ثبتتْ؛ لأن غير الولادة من القرابة لا تُرَدُّ بها الشهادة.

وإن شهد للوكيل ابنا الموكِّل، أو أبوه وابنه؛ فقد قال بعضُ أصحابنا: لا تثبتُ الوكالة؛ لأنه يثبت بذلك التصرّف عن الموكِّل؛ فهى شهادة له، وفيه نظر؛ لأن هذه الوكالة تثبت بقول الموكِّل، ويستحق الوكيل بذلك التصرُّف وما ثبت بقوله، ثبَتَ بشهادتهما.

فصل: وإن ادعى الوكيلُ الوكالة، وأنكر الموكِّل، فشهد عليه ابناه، أو أبوه وابنه -ثبتتِ الوكالةُ، وأمضى بها ما مضى من تصرُّف الوكيل؛ لأنَّ ذلك شهادة عليه.

فصل: إذا ادعى المكاتَبُ الوكالةَ، فشهد له سيِّده مع آخر - لم تثبتْ وكالته؛ لأنَّ له فيما يثبتُ لمكاتبه شبهة ملك؛ فلحقته التهمة فى ذلك.

وإنْ شهد له ابنا سيِّده، أو أبوه وابنه - لم تثبت وكالته؛ لأنها كشهادة الأب والولد فى المعنَى فإن عتق المكاتَب، فأعاد السيد أو ابناه الشهادة، فهل تقبل؟ فيه قولان:

أحدهما: لا تقبل؛ لأنها ردتْ للتهمة، وتلحقه التهمة فى إعادتها؛ لأنه ربما أراد تصديق نفسه فيما كان شهد به، ونظيره: أن يشهد فاسقٌ بحقٍّ، فترد شهادته، ثم يتوب؛ فيشهد بذلك الحق، فلا تقبل.

والثانى: تقبل؛ لأن شهادته لم تردّ فى ذلك الوقتِ لما يلحقه منه معرة وإنما ردَّت؛ لأنه كان له فيه شبهة الملك، وقد زال الملك.

ونظيره: أنْ يشهد صغيرٌ أو عبدٌ أو كافرٌ بحقٍّ، فترد شهادته، ثم يصير كاملًا، ويشهد بذلك الحق؛ فيقبل.

فصل: وإن وكَّل رجلًا فى إثباتِ حقوقِهِ واستيفائِها، وأشهد عليه شاهدَيْن، ثم حضر الوكيلُ عند الحاكمِ، وادَّعى الوكالة، وأقام البيِّنة على الوكالة - سمعها الحاكم، وحكم بثبوت الوكالةِ، سواءٌ حضر عند سماعها خصم الموكِّل أو لم يحضر.

فإن أحضر خصمًا، وادعى أنَّ لموكِّله عليه كذا وكذا قبل أنْ تثبتَ الوكالةُ -لم يسمعِ الحاكم الدعوى حتى تثبت الوكالة، وبه قال مالك[1].

وقال أبو حنيفة: لا تسمع دعوى الوكيل[2]، وبينته فى الوكالة حتَّى يحضر خصم للموكِّل، ويدعى عليه عن الموكِّل بحق؛ فيطالب بالجواب، ثم يسمع دعوى الوكيل وبيِّنته فى الوكالة.

دليلنا: هو أنه إثباتُ توكيل؛ فلم يفتقر إلى تقدُّم دعوى الحق؛ كما لو وكَّل بحضرة الحاكمِ، ولأنَّ الدعوَى لا تسمعُ إلا من خصمٍ، والخصمُ خَصْمان: خَصْم يخاصمُ عن نفسه، وخَصْمٌ يخاصم عن غيره، وهذا لا يخاصم عن نفسه، وقبل ثبوت وكالتِهِ لم يثبتْ أنه يخاصمُ عن غيره؛ فلم تسمع دعواه؛ كالأجنبى.

---

(١) قال فى مواهب الجليل (٦/ ١٢٩): وقال فى العتبية فى أول مسألة من سماع عيسى من كتاب الأقضية، قال عيسى: وسئل ابن القاسم عن رجل ادعى وكالة ولم يثبتها بعد، وشهود الحق الذى وكل فيه حضور: أيقبل القاضى شهادتهم؟ قال: إن خاف أن يخرجوا إلى موضع وكان لذلك وجه قبل القاضى شهادتهم ثم يثبت الوكالة بعد وإلا فلا حتى تثبت الوكالة . قال ابن رشد: هذا صحيح على معنى ما فى المدونة وغيرها من قول ابن القاسم وروايته عن مالك أن القاضى يسمع من البينة قبل وقت دخول الحكم بها، من ذلك قوله فى كتاب طلاق السنة منها: أن القاضى يسمع البينة على المفقود بأنه أوصى بوصية أو أوصى إلى رجل قبل الحكم بتمويته، ويأتى على قول مطرف وابن الماجشون إن القاضى لا يقبل من أحد بينة ولا يسمعها إلا فى حال يحكم بها للطالب أو يدفع بها عن المطلوب - أنه لا يسمع من بينته حتى تثبت وكالته، وإن خشى مغيب بينته أشهد على شهادتهم، انتهى .

(٢) وعند الحنابلة قال فى كشاف القناع (٣/ ٤٩٣): (فإن شهد اثنان) حسبة (بلا دعوى الوكيل: إن فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر، فقال الوكيل: ما علمت هذا، وأنا أتصرف عنه ثبتت الوكالة) ؛ لأن معنى: ما علمت هذا، أى: أنه وكلنى، و ذلك ليس تكذيبا لهما؛ لأنه قبل شهادتهما لم يعلمه، وبها علمه . (وإن قال) المشهود له: (ما أعلم صدق الشاهدين، لم تثبت وكالته) لتكذيبه شاهديه (وإن قال) المشهود له: (ما علمت، وسكت - قيل له: فسر، فإن فسر بالأول) أى أنه ما علم هذا وأنه يتصرف (ثبتت) ؛ لما تقدم، (وإن فسر بالثانى) بأن قال ما أعلم صدق الشاهدين (لم تثبت الوكالة) .

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان عليه حق لرجل، فجاء رجل، وادعى أنه وكيل صاحب الحق فى قبضه، وصدقه، جاز أن يدفع إليه، ولا يجب الدفع إليه، وقال المزنى: يجب الدفع إليه؛ لأنه أقر له بحق القبض، وهذا لا يصح؛ لأنه دفع غير مبرئ، فلم يجبر عليه، كما لو كان عليه دين بشهادة، فطولب به من غير إشهاد، فإن دفع إليه، ثم حضر الموكل، وأنكر التوكيل، فالقول قوله مع يمينه: أنه ما وكل؛ لأن الأصل عدم التوكيل، فإذا حلف، نظرت: فإن كان الحق عينًا، أخذها إن كانت باقيةً، ورجع ببدلها إن كانت تالفةً، وله أن يطالب الدافع والقابض؛ لأن الدافع سلم إلى من لم يأذن له الموكل، والقابض أخذ ما لم يكن له أخذه، فإن ضمن الدافع، لم يرجع على القابض، وإن ضمن القابض، لم يرجع على الدافع؛ لأن كل واحد منهما يقول: إن ما يأخذه المالك ظلم فلا يرجع به على غيره.

وإن كان الحق دينًا، فله أن يطالب به الدافع؛ لأن حقه فى ذمته لم ينتقل.

وهل له أن يطالب القابض؟ فيه وجهان:

أحدهما: له أن يطالب - وهو قول أبى إسحاق - لأنه يقر بأنه قبض حقه، فرجع عليه، كما لو كان الحق عينًا.

والثانى: ليس له - وهو قول أكثر أصحابنا - لأن دينه فى ذمة الدافع لم يتعين فيما صار فى يد القابض، فلم يجز أن يطالب به.

وإن جاء رجل إلى من عليه الحق، وادعى أنه وارث صاحب الحق، فصدقه - وجب الدفع إليه؛ لأنه اعترف بأنه لا مالك له غيره، وأن دفعه إليه دفع مبرئ، فلزمه.

وإن جاء رجل فقال: أحالنى عليك صاحب الحق، فصدقه، ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه الدفع إليه؛ لأنه أقر له: أنه انتقل الحق إليه، فصار كالوارث.

والثانى: أنه لا يلزمه؛ لأن الدفع غير مبرئ؛ لأنه ربما يجىء صاحب الحق فينكر الحوالة، فيضمنه، وإن كذبه، لم يلزمه الدفع إليه فى المسائل كلها.

وهل يحلف إن قلنا: إنه إن صدقه، لزمه الدفع إليه، حلف؛ لأنه قد يخاف اليمين فيصدقه، فيلزمه الدفع إليه.

وإن قلنا: لا يلزمه الدفع إليه إذا صدقه، لم يحلف؛ لأن اليمين يعرض ليخاف فيصدق، ولو صدق لم يلزمه الدفع، فلا معنى لعرض اليمين.

(فصل) ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل إذا شاء، ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه متى شاء؛ لأنه أذن فى التصرف فى ماله، فجاز لكل واحد منهما إبطاله، كالإذن فى أكل طعامه.

وإن رهنا عند رجل شيئًا، وجعلاه على يد عدل، واتفقا على أنه يبيعه إذا حل الدين، ثم عزله الراهن عن البيع انعزل؛ لأنه وكيله فى البيع، فانعزل بعزله، كالوكيل فى بيع غير الرهن.

وإن عزله المرتهن؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه ينعزل، وهو ظاهر النص؛ لأنه يبيع الرهن لحقه، فانعزل بعزله، كالراهن.

والثانى: لا ينعزل - وهو قول أبى إسحاق - لأنه ليس بوكيل له فى البيع، فلم ينعزل بعزله.

وإن وكل رجلًا فى تصرف، وأذن له فى توكيل غيره؛ نظرت: فإن أذن له فى التوكيل عن الموكل، فهما وكيلان للموكل، فإن بطلت وكالة أحدهما، لم تبطل وكالة الآخر.

وإن أذن له فى توكيله عن نفسه، فإن الثانى وكيل الوكيل، فإن عزله الموكل، انعزل؛ لأنه يتصرف له فملك عزله، كالوكيل.

وإن عزله الوكيل انعزل؛ لأنه وكيله فانعزل بعزله.

وإن بطلت وكالة الوكيل بطلت وكالته؛ لأنه فرع له، فإذا بطلت وكالة الأصل؛ بطلت وكالة الفرع.

وإن وكل رجلًا فى أمر، ثم خرج عن أن يكون من أهل التصرف فى ذلك الأمر: بالموت، أو الجنون، أو الإغماء، أو الحجر، أو الفسق - بطلت الوكالة؛ لأنه لا يملك التصرف، فلا يملك غيره من جهته.

وإن أمر عبده بعقد، ثم أعتقه، أو باعه، ففيه وجهان:

أحدهما: لا ينعزل، كما لو أمر زوجته بعقد، ثم طلقها.

والثانى: أنه ينعزل؛ لأن ذلك ليس بتوكيل فى الحقيقة، وإنما هو أمر، ولهذا يلزم امتثاله، وبالعتق والبيع سقط أمره عنه.

وإن وكل فى بيع عين، فتعدى فيها بأن كان ثوبًا فلبسه، أو دابةً فركبها، فهل

تبطل الوكالة، أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: تبطل؛ فلا يجوز له البيع؛ لأنه عقد أمانة، فتبطل بالخيانة، كالوديعة.

والثانى: أنها لا تبطل؛ لأن العقد يتضمن أمانةً وتصرفًا، فإذا تعدى فيه، بطلت الأمانة، وبقى التصرف، كالرهن يتضمن أمانةً ووثيقةً، فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة، وبقيت الوثيقة.

وإن وكل رجلًا فى تصرف ثم عزله، ولم يعلم الوكيل بالعزل، ففيه قولان:

أحدهما: لا ينعزل، فإن تصرف، صح تصرفه؛ لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهى، كأمر صاحب الشرع.

والثانى: أنه ينعزل، فإن تصرف، لم ينفذ تصرفه؛ لأنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه، فلم يفتقر إلى علمه، كالطلاق.

(الشرح) قوله: «إذا بطلت وكالة الأصل بطلت وكالة الفرع»[١] أصله: من أصل الشجرة المتصل بالأرض، والفرع من فروعها، وهى: أغصانها المرتفعة، يقال: فرع الأكمة، أى: عَلَاها[٢].

الأحكام: إن كان عليه دَيْن لرجلٍ، أوْ له فى يده عَيْن مال من وديعة، أو عاريَّة أو غصب؛ فجاء رجلٌ وادعَى أنَّه وكيل صاحب الحقِّ فى قبضه: فإن أقام على ذلك بينةً، استحقَّ القبض. وإن لم يكنْ له بيِّنة، وصدَّقه -جاز أن يدفع إليه، ولا يجبُ الدفع إليه.

وقال المزنى: يجبُ الدفْعُ إليه.

وقال أبو حنيفة[٣]: يجبُ دفْعُ الدَّيْن إليه، وعنه فى وجوب دفع العين إليه،

---

(١) ينظر النظم (٢/ ١٠).

(٢) ينظر الصحاح (فرع).

(٣) قال فى المبسوط (١٩/ ٢٠): ولو جاء إلى المودع وقال: «أنا وكيل صاحب الوديعة فى قبض الوديعة منك» فصدقه - فإنه لا يجبر على الدفع إليه؛ لأن المديون إنما يقضى الدين بملك نفسه، فهو بالتصديق يثبت له حق القبض فى ملكه، وإقراره فى ملك نفسه ملزم، فأما فى الوديعة فهو بالتصديق يقر بحق القبض له فى ملك الغير، وقوله ليس بملزم فى حق الغير، وقد روى عن أبى يوسف - رحمه الله - أن المودع إذا صدق مدعى الوكالة فيها يجبر على دفعها إلى الوكيل؛ لأن بإقرار الوكيل يكون أولى بإمساكها منه، واليد حقُّهُ فإقراره بها لغيره يكون ملزما، ولأنه يقر أنه يصير ضامنا بالامتناع من الدفع إلى الوكيل بعد طلبه، وإقراره بسبب الضمان على نفسه مثبت إياه، ولا يثبت ذلك الضمان إلا بثبوت الوكالة؛ =

روايتان؛ أشهرهما: أنه لا يجبُ.

دليلنا: هو أنه دفع غير مبرئ؛ فلم يجبْ عليه؛ كما لو كان عليه دَيْن شهادة؛ فطولب بدفعه من غير إشهاد، أو أنه دفع غير مبرئ؛ فأشبه إذا جاء رجلٌ، فقال: قد مات صاحبُ المال، وأنا وصيُّه، وهذا الصبى ولده، ولأنَّ وكالته لم تثبتْ فى حق صاحب المال؛ فلا يجبر على دَفْعه إليه، أصله إذا لم يصدِّقه فى الوكالة.

فإن قيل: لا يجوزُ اعتبار التصديق بالتكذيب فإنه إذا صدقه يجوز دفعه إليه وإذا كذبه لا يجوز له دفعه إليه.

قلنا: يجوزُ دفعه إليه بشَرْط الضمان، ولأنه لا يجبَرُ على ما يجوزُ له أنْ يدفعه باختيارِهِ، وإنِ امتنع، لا يجبَرُ عليه، والملتقط يجوزُ له دفْعُ اللُّقَطَة إلى منْ وصفها، وادَّعاها، ولا يجبر على دفعها إليه.

قالوا: أقرَّ له بحقِّ الاستيفاء؛ فأشبه إذا قال: أحالنى عليك فلان، أو مات وأنا وارثه.

قلنا: يبطل بما قِسْنا عليه، وفى الحَوَالة وجهان. وإن سلّم، فالمعنى فيه وفى الوارث: أنه أقرَّ له بحقِّ الملك؛ فلم يجز أن يحبسَ عليه ما له، وهذا أقرَّ له بحقِّ النيابة؛ فهو كالوصى الذى قِسْنا عليه.

فصل: فإنْ دفع إليه، ثم حضر صاحب الحق - نظَرْت -:

فإن صدَّقه على الوكالة، فقد برئ الدافع، وصح الدفع. وإن أنكر التوكيلَ، فالقولُ قولهُ مع يمينه. أنه ما وكّله؛ لأن الأصل عدم التوكيل. فإذا حلف، نظَرْت-:

فإن كان الحقُّ عينا، وهى قائمة بحالها، أخذها.

= فأجبر على الدفع إليه . ولو كان مسلم فى يده دار ادعى ذمى فيها دعوى، ووكل وكيلا بشهادة أهل الذمة - لم تجز شهادتهم على الوكالة، سواء أقر المسلم بالوكالة أو أنكرها، أما إذا أنكرها فلأن فى هذه الشهادة إلزام الجواب على المسلم عند دعوى الوكيل، وأما إذا أقر بها فلأن إقراره بالوكالة لا يلزمه الجواب هنا، لما بينا أن إقراره لحق الغير، فإنه يلزمه ذلك بشهادة الشهود، وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة على المسلم، وإن كان ذلك فى دَيْن وهو مقر به وبالوكالة، أجبرته على دفعه إلى الوكيل؛ لأنه ليس فى هذه الشهادة إلزام شىء على المسلم، وصار مجبرا بإقراره على دفع الدين إلى الوكيل . قال: «وليس هذا كالوكالة بالخصومة» يريد به: أنه بإقرار المطلوب يكون هذا وكيل الطالب بالخصومة، ولا يلزمه الجواب؛ لأن إقراره يتناول حق الغير فهو بمنزلة إقراره بالوكالة بقبض العين بخلاف إقراره بالوكالة بقبض الدين .

وإن كانت تالفةً، رجع ببدلها، وله أن يطالب الدافع والقابض؛ لأن الدافع سلَّم ذلك إلى من لم يثبت أنه أَذِن له الموكِّل فى الدفع إليه، والقابض تبيَّن أنه أخذ ما لم يكُنْ له أخذه.

فإن كانت باقية، فطالب بها القابض، وجب عليه دفعها إليه؛ لأنها عين ماله، وإن طالب بها الدافع، كان له أن يطالب القابض بردِّها إليه ليردَّها على صاحبها.

وإن كانت تالفةً: فإنْ ضمن صاحبها الدافع، لم يرجعْ به على القابض، وإن ضمن القابض، لم يرجعْ به على الدافع؛ لأنَّ كل واحد منهما يقولُ: إنَّ ما يأخذه المالك هو ظلمٌ، فلا يرجعُ به على غير مَنْ ظلمه.

فإنْ كان القابضُ أتلفها أو تلفت بتفريطٍ منه، فضمن صاحبها الدافع، انبغَى أن يرجع الدافع على القابض؛ لأنه -وإن كان يقر أنه دفَعَ دفعًا صحيحًا - إلا إنه يقول: إن صاحبها ظلمنى بأخذ بدلها منى، وله حقٌّ على الوكيل، فآخذه، وأستوفى منه حقِّى مع اعتراف القابضِ بماله عليه بسبب التعدِّى.

فصل: وإنْ كان الحقُّ دَيْنًا، فله أن يطالب به الدافعَ؛ لأن حقَّه فى ذمَّته لم ينتقلْ، وهل له أن يطالب القابض؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنَّ له أن يطالبه؛ وهو قول أبى إسحاق المروزى؛ لأنه يقرُّ بأنه قبض حقَّه؛ فكان له أن يرجع عليه؛ كما لو كان الحقُّ عينًا.

والثانى: ليس له ذلك؛ وهو قولُ أكثرِ أصحابنا؛ لأنَّ دَيْنَهُ فى ذمَّة الدافع لم يتعين فيما صار فى يد القابض مِنْ مال الدافع؛ فلم يجز أن يطالبه به فإنْ أخذه من القابض، برئ الدافع من الحق الذى عليه، والقابض، وإن أخذ حقَّه من الدافع - نظرْتَ:

فإن كان المال باقيًا فى يد القابض، فإنَّ للدافع أن يرجعَ به، وإن كان معروفا بأنه مالُ صاحب الدَّيْن؛ لأنه يقولُ: ظَلَمنى بما أخَذَهُ، وهذا مالُهُ، فلى أخذه بَدَلَ ما أخذ منى.

وإن كان تالفًا، لم يرجعْ عليه بشىء؛ لأنه مقرٌّ بأنه أمين، ولا ضمان على الأمين. وإن أتلفه أو تلف بتفريطه، رجع عليه؛ لما ذكَرْنا فى العَيْن.

فصل: وإن جاء رجُلٌ إلى مَنْ عليه دَيْن لرجلٍ، أو فى يده عيْنُ مال له، وادعى أنَّ صاحبه ماتَ، وأنه وارث صاحب الحق لا وارثَ له غيره، وصدَّقه فى ذلك -: وجب عليه الدفع إليه؛ لأنه اعترَفَ بأنه لا مالكَ له غيره، وأنَّ دفعه إليه دفع مبرئ؛

فلزمه.

فصل: وإن جاء رجل فقال: قد أحالنى عليكَ صاحبُ الحق بدَين لى عليه، فصدَّقه مَنْ عليه الدَّين - ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه الدفعُ إليه؛ لأنه أقرَّ له بأنه قد انتقَلَ الحقُّ إليه؛ فصار كالوارث.

والثانى: لا يلزمه؛ لأنه دفع غير مبرئ؛ لأنه ربمَّا يجيء صاحب الحق؛ فينكر الحَوَالة، ويحلف ويستحقُّ الرجوع عليه؛ كما ذكرنا فى دعوى الوكالة. ويفارق الميراث؛ لأنه قد أمن من ذلك؛ لأنه إذا لم يكن له وارث غيره فقد أمن الغرامة.

فصل: وإن كذبه من عليه الحق، أوفى يده. لم يلزمه الدفع إليه فى المسائل كلها فى دعوى الوكالة، ودعوى الميراث، ودعوى الحوالة؛ لأن الأصل عدم ذلك، وهل يحلف.

إن قلنا: إنه إذا صدقه، لزمه الدفع إليه، وهو فى الميراث، ولا خلاف فى الوكالة على قول المزنى، وفى الحوالة على أحد الوجهين، حلف؛ لأنه يخاف من اليمين، فيصدقه؛ فيلزمه الدفع إليه.

وإن قلنا: لا يلزمه الدفع إليه إذا صدقه وهو فى الوكالة على المذهب، وفى الحوالة فى الوجه الآخر، لم يحلف؛ لأن اليمين يعرض ليخاف فيصدق، ولو صدق لم يلزمه الدفع فلا معنى لعرض اليمين.

فصل: ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل إذا شاء بحضرة الوكيل، وأما فى غيبته: فعلى ما سيأتى بيانه، ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه متى شاء بحضرة الموكل، وفى غيبته؛ لأنه أذن فى التصرف فى ماله، فجاز لكل واحد منهما إبطاله؛ كالإذن فى أكل طعامه.

فصل: وإن رهن عند رجل شيئًا، وَجعله على يدى عدل، واتفق على أنه يبيعه إذا حل الدين صح التوكيل؛ لأنه لا حق للوكيل فيه، ثم إن عزلاه جميعًا، انعزل عن الوكالة؛ لأن الحق لهما. فإذا اتفقا على إسقاطه، سقط، وإن عزله الراهن عن البيع، انعزل سواء شرطت وكالته فى عقد الرهن أو لم تشرط؛ وبه قال أحمد.

وقال مالك وأبو حنيفة: لا ينعزل.

دليلنا: هو أنه وكله فى البيع؛ فانعزل بعزله؛ كالوكيل فى غير الرهن، ولأنها وكالة تنفسخ بموت الوكيل؛ فانفسخت بعزل الموكِّل؛ كما لو وكَّله فى البيع بعد

الرهن، ولأنَّه إذا انعزل بعزل المرتهن، وهو لا يملك: فبعزل الراهن أَوْلَى.

قالوا: حقٌّ من حقوق الراهن؛ فلا يملك عزل العدل عنه؛ كالابتياع.

قلنا: الإمساك لو شرط بعد الرهن، لم يملك عزله؛ بخلاف البيع، وفى الإمساك: لو عزله المرتهنُ عنه، ينعزل؛ بخلاف البيع.

فصل: وإن عزله المرتهن، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه ينعزلُ؛ وهو ظاهر نصِّ الشافعى فإنه قال: ولو كان المشروطُ للعزل، جاز له بيعُهُ ما لم يفسخا - أو أحدهما - وكالته؛ لأنه يبيع الرهن لحقِّه؛ فانعزل بعزله؛ كالراهن.

والثانى: لا ينعزل؛ وهو قول أبى إسحاق المروزى؛ لأنه ليس بوكيلٍ له فى البيع؛ فلم ينعزل بعزله؛ وذلك أنَّ الرهن ملك الراهن، ولو انفرد بتوكيله صح؛ فلم ينعزل بعزل غيره، قال: وأراد الشافعى بذلك: أنَّ لكلٍّ واحد منهما منعه من البيعِ؛ لأنَّ البيع لأجله، فإذا لم يطالبه به، ومنع منه، لم يجزْ، فأما أنْ يكون ذلك فسخًا، فلا، وهو الأظْهَرُ.

فصل: وإن وكَّل رجلًا فى تصرف، وأذن له فى التوكيلِ عن الموكِّل: فهما وكيلان للموكِّل: فإنْ بطلت وكالة أحدهما، لم تبطلْ وَكالةُ الآخر، وليس للوكيل الذى وكَّله عزله، إلا أنْ يكون الموكّل قد أذن له فيه، وإنْ أذن له فى توكيله عن نفسه؛ فإن الثانى وكيلٌ للوكيل، فإنْ عزل الموكّل الذى هو الأصل الوكيل الثانى، انعزل؛ لأنه يتصرَّف له، فملك عزله؛ كما يملك أن يعزل الوكيل الذى وكَّله.

وإن عزل الوكيل الأول الوكيل الثانى، انعزل؛ لأنه وكيله فانعزل بعزله، وإن بطلت وكالة الأول الذى وكله بجنون، أو عجز، أو نحو ذلك بطلت وكالته؛ لأنه فرع له فإذا بطلت وكالة الأصل بطلت وكالة الفرع.

فصل: وإن وكَّل رجل عشرة أنفس فى شىء سماه، وأذن لكل واحد منهم فى التصرف على الانفراد، فإن قال: «عزلتُ أحدكم» ولم يعينه، فقد قيل: فيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز لكل واحد منهم أن يتصرف؛ لأنه على يقين من الإذن فى التصرف وعلى شك من العزل؛ فلا ينعزل بذلك.

والثانى: أنه لا يجوز لواحد منهم أن يتصرف حتى يعلم حاله، هل هو المعزول أو غيره؟

وإن قال: «قد عزلت أكثركم»، تناول ذلك عزل ستة منهم؛ لأنها أكثر العشرة، وهل يجوز لهم التصرف؟ هو على الوجهين:

أحدهما: أن لكل واحد منهم أن يتصرف حتى يعلم عزله.

والثاني: لا يجوز لواحد منهم أن يتصرف حتى يعلم حاله.

وإن كان الإذن لهم فى التصرف وقع على الاجتماع دون الانفراد لم يجز لهم التصرف حتى يعلم المعزول، فإن عينه فهل يجوز لمن لم يعزله التصرف؟ قال فى «الإيضاح»: فيه وجهان:

أحدهما: يجوز من غير إذن جديد؛ لأن بعزل البعض لا ينعزل الباقى منهم.

والثانى: لا يجوز لهم ذلك إلا بإذن جديد من الموكل.

فصل: وفسخ الوكالة أن يقول: فسخت الوكالة، أو أبطلتها، أو نقضتها، أو عزلتك، أو صرفتك عنها، أو أزلتك عنها، ونحو ذلك من الألفاظ.

فصل: وإن وكّل رجلًا فى أمر، ثم خرج الموكِّل من أن يكون من أهل التصرُّف فى ذلك الأمر بالموتِ أو الجنون أو الإغماء بطلتِ الوكالة؛ لأنه لا يملكُ التصرف؛ فلا يملك غيره من جهته؛ لأن الموت يبطلُ إملاكه، ويمنع وقوع التصرُّف له، والجنون والإغماء يثبت لغيره الولاية عليه، ويبطل تصرُّفه بنفسه، وإذنه؛ فلا يصحُّ التصرُّف عنه بإذنه قبله؛ لأنه إذا خرج عن أنْ يَكونَ مِنْ أَهْل الإذن - لم يوصفْ باستدامةِ الإذن منه؛ فبطل.

وإن مات الوكيلُ، أو جنّ أو أغمى عليه - بطلَتِ الوكالةُ، لما ذكرناه.

وإن نام الموكِّل أو الوكيل - لم تبطلِ الوكالةُ؛ لأنَّ بالنوم لا يزولُ نظره فيما يملكه؛ فلا تبطل به الوكالة.

وإن حجر عليه أحدهما لسفهٍ، بطلَتِ الوكالةُ فيما لا يصحُّ تصرُّفه فيه، ولا تبطل فيما يملك التصرُّف فيه؛ كالطلاق والخلع، وطلب القصاص.

وإن حجر عليه لفلس، بطلَتِ الوكالة فى أعيان مالِهِ؛ لبطلان تصرفه فيها، ولم تبطلْ فى التصرُّف فى ذمّته، وفى النكاح والطلاق والخلع وطَلَب القصاص؛ لأنه من أهل التصرُّف، وإنما حجر عليه فى أعيانِ مالِهِ.

وإن فسق الموكِّل، أو الوكيل - نظَرْت -:

فإن كان التوكيلُ فى تصرُّف لا يشترط فيه العدالة؛ كالطلاق والخلع وطلب

القصاص والبيع والشراء فى أحد الوجهَيْن، لم تبطلِ الوكالةُ؛ لأنه يصح تصرُّفه فيه، وإن كان فى تصرُّف يشترط فيه العدالة؛ كالنكاح، والوصية - بطلتِ الوكالة؛ لأنه لا يملكُ التصرُّف فيه فبطلت به الوكالة.

وإن وكَّل مسلمٌ مسلمًا، ثم ارتدَّ الموكِّل، كان على الأقوالِ الثلاثة فى تصحيحِ توكيلِهِ؛ على ما يأتى بيانه فى موضعه.

وإن ارتدَّ الوكيلُ: قال أبو الفتح سليم فى «التقريب»: لم تبطلْ وكالته قولًا واحدًا. قال: لأنَّ الأقوالَ الثلاثة فى تصرُّفه لنفسه، فإنَّه ينتظر منْهُ أن يصير ماله فيئًا، وتصرُّفه لغيره لا ينتظر فيه مثل ذلك؛ فكان بخلافه. وإن وكَّل ذميًّا فى بيع أو شراء، ثم أسلم - فالوكالَةُ بحالها؛ لأنَّه الآنَ أحسَنُ حالًا مما كان عليه؛ فكان بذلك أولَى.

وإن وكَّل رجلًا فى بيع عبد، ثم باعه أو أعتقه أو وكله فى نقل زوجتِهِ، ثمَّ طلقها - بطلَتِ الوكالةُ لتعذُّر التصرُّف، وإن وكَّل زوجة له فى بيع أو شراء، ثم طلَّقها، أو خالعها - لم تنعزلْ عن الوكالة؛ لأنَّ زوال النكاح لا يمنعُ ابتداءَ الوكالةِ؛ فلا يقطعُ استدامتها.

وإن أمر عبده بعقدٍ، ثم أعتقه أو باعه، ففيه وجهان:

أحدهما: لا ينعزلُ؛ كما لو أمر زوجتَهُ بعقدٍ، ثم طلَّقها، ولأنَّه لو استدام بعد العتق، جاز؛ فكذلك لا تبطلُ استدامته؛ فعلى هذا له عَزْلُ نفسِهِ بعد العتقِ، وللمشترى أن يمنعه من التصرُّف فيه؛ لأنَّ منافعه صارتْ له.

والثانى: أنه ينعزلُ؛ لأنَّ ذلك ليس بتوكيلٍ فى الحقيقة، وإنما هو أمرٌ، ولهذا يلزمه امتثالُهُ، وبالعتق والبيع سقَطَ امتثال أمره عنه. وإنْ وكَّله أجنبى بإذنِ سيِّده، ثم أعتقَهُ سيِّده، أو باعه من غير الموكِّل: فقد اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: هو على الوجهَيْن فيه إذا كان وكيلًا عن سيِّده، ثمَّ باعه أو أعتقه؛ لأنَّ هذه الوكالة استفِيدَتْ بإذن سيِّده؛ فكانت على الوجهَيْن.

ومنهم من قال: لا يبطُلُ وجهًا واحدًا؛ لأنَّ هذه وكالةٌ فى الحقيقة؛ فلا تزولُ بما لا يمنعُ ابتداءَ الوكالةِ، وإن كان باعه من الموكِّل، فالوكالةُ بحالها.

فصل: وإنْ وَكَّلَ رَجُلًا فى تزويج امرأةٍ فتزوَّجها الموكِّل - بطَلَتِ الوكالةُ، فإنْ طلَّقها قبل الدخول بها، والوكيلُ لا يعلمُ، لم يكنْ للوكيلِ أن يقبل تزويجها له؛ لبطلانِ الوكالةِ بعقد الموكِّل، وإن وكَّله فى بيع عبدٍ، فباعه الموكِّل، ثمَّ اشتراه، أو

فى شراء عبد، فاشتراه الموكّل، ثمّ باعه - بطلَتِ الوكالة بذلك، فإنْ تصرَّف الوكيل بعد ذلك فيه، لم يصحَّ تصرُّفه؛ لبطلانِ الوكالة. وإنْ وكَّله فى التزويجِ؛ فلم يفعل له ذلك حتَّى أحرمَ الموكّل بحجّ أو عمرة، أو الوكيل أو المرأة -بطلَتِ الوكالة، وإن وكَّله فى التزويجِ، وهو مُحْرِم، فلم يزوّجه حتى أحَلَّ -فالنكاحُ باطلٌ، لبطلان الوكالة فى الإحرام.

فصل: وإن وكَّل وكيلًا فى بيع عينٍ، فتعدَّى فيها بأن كان ثوبًا فلبسه، أو دابةً فركبها فى حوائجه -: خرج بذلك من الأمانةِ، وصار ضامنًا له؛ لأنه تعدَّى بذلك؛ فزالتْ أمانته، وهلْ تبطلُ الوكالة بذلك أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: تبطلُ؛ فلا يجوز له البيع بعد ذلك؛ لأنه عقد أمانة؛ فبطل بالخيانة.

والثانى: لا تبطلُ، وهو الأصحُّ؛ بل إذا باعَ، صحَّ بيعه؛ لأنَّ العقد قد تضمن أمانة وتصرفا، فإذا تعدَّى، بطلَتِ الأمانةُ، وبقى التصرف؛ كالرهن يتضمَّن أمانةً ووثيقةً. فإذا تعدَّى فيه، بَطَلَتِ الأمانة، وبقيت الوثيقة.

ويخالف الوديعة لأنها مجرّد أمانةٍ، فإذا تعدَّى -بطلَتْ، فإنْ باعه بعد ذلك، فعلى الوجه الأوَّل: لا يصحُّ البيع، وعلى الثانى: يصحُّ، وإذا سلَّمه إلى المشترى، زال عنه الضمان؛ لأنَّه مأذونٌ له فى التسليم؛ فأشبه الغاصب إذا سلّم ما غصبه إلى رجل بأمر مالكه.

وقيل: يزول عنه الضمان بنَفْس البيع؛ لأنه صار ملكًا للمشترى؛ وهذا غلطٌ؛ لأنه لو تلف فى يده قبل القبضِ، تلف على ملك الموكّل؛ فلا يزول الضمانُ عنه إلا بالقبض، وإذا قبض الثمن، كان فى يده أمانةً؛ لأنّه قبضه بإذن الموكّل، ولم يتعدَّ فيه؛ فكان على الأمانة.

فصل: وإنْ وكّل وكيلًا فى شراء شىء بمالٍ بعينه، فتعدَّى فيه - ضمنه، فإنِ اشترى لموكّله بعينِ ذلك المالِ ما وكَّله فى شرائه:

فعلى الوجه الأوَّل: لا يصحُّ الشراء للموكّل؛ لأنه ليس بوكيل له، ولا يصحُّ للوكيل - أيضًا - لأنه اشتراه بمال غيره.

وعلى الوجه الثانى: يصحُّ شراؤه لموكِّله، وإذا سلّم ذلك الشىء إلى البائع، زال عنه الضمان، وإذا قبض المبيع، كان أمانة فى يده.

فصل: فإنْ وجد المشترى فى المسألةِ الأوَلَى بالمبيعِ عَيْبًا، فردَّه، أو وجَدَ الوكيل

فى المسألة الثانية عيبًا، فردَّه واسترجع الثمن:

فقد قيل: إنه يعود إلى يده مضمونًا عليه؛ وفيه نظر.

فصل: وإن دفع إليه مائة درهم، وقال: اشترِ لى فى ذمَّتك ثوبًا بمائةٍ، ثمَّ ادفَعْ هذه فى ثمنه، فتعدَّى فيها -لزمَهُ ضمانها، وإذا اشترى الثوبَ فى ذمَّته، والمائةُ بعينها باقيةٌ فى يده -: صحَّ الشراء وجهًا واحدًا وإذا دفعها فى الثمن، زال عنه الضمان؛ لأنها لم تهلكْ؛ فلم تَزُلِ الوكالة؛ ولا تعدَّى فى الشراء المأذون له؛ فوقع صحيحًا، وصار كما أودع عنده وديعتَيْن؛ فتعدى فى إحداهما، فإنه لا يضمنُ الأخرى، ولا يخرج من حكم الأمانة بذلك؛ كذلك هاهنا.

فصل: وإنْ دفع إلى رَجُلٍ مالًا ليشترى له طعامًا، فاقترَضَ ذلك المال، وصرفه فى شىء لنفسه، انفسختِ الوكالة؛ لأنَّه إن كان أمره أنْ يشترى له بعَيْن المال -فقد تعدَّى بصرفها؛ فصار كما لو وكَّله فى بيع عبدٍ، فمات العبد. وإن كان أمره فى الشراء مطلقًا، ودفَعَ المال فى الثمنِ: فإنْ تعذَّر فيه ذلك بما انفسخَتْ به: فإنِ اشترَى الطعامَ بعد ذلك، لم ينعقدِ الشراء للموكّل؛ لأنه إن اشتراه بعَيْنِ مالِ نفسه، لم يصحَّ؛ لأنه لا يصحُّ أن يقبض للموكَّل من نفسه بدل المال الذى عينه. وإنِ اشتراه فى الذمَّة، لم يصحَّ؛ لأنه عقده على غير الصفة التى أَذِنَ له فيها، وينعقد الشراء للوكيل؛ لأنه لو اشتراه ابتداءً لنفسه، صَحَّ الشراء، فإذا اشتراه لغيره، ولم ينعقدْ لذلك الغير، انعقَدَ لنفسه، ويجبُ على الوكيلِ للموكّل مثلُ المال الذى أَخَذَهُ منه إنْ كان له مِثْلٌ، وقيمتُهُ إن لم يكن له مِثْلٌ؛ لأنه تعدَّى بذلك؛ فلزمه ضمانه.

فصل: وللوكيل أن يَفْسَخَ الوَكالةَ بحضرة الموكلِ، وفى غيبتِهِ.

وقال أبو حنيفة: لا يملكُ فسخها إلا بحضرة الموكِّلِ.

دليلنا: هو أنه رفع عقد؛ فلا يفتقرُ إلى حضورِ مَنْ لا يعتبر رضاه؛ كالنكاح.

فصل: وللموكِّل أن يفسخ الوَكالة بحضرةِ الوكيل؛ كما تقدَّم، وهل تنفسخُ الوَكَالةُ إذا فسخها فى غَيْبة الوكيل، وينعزل عن الوكالة قبل علْمه بالعَزْل؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه لا ينفسخُ، ولا ينعزِلُ، فإنْ تصرَّف قبل علْمه بالعزل، صَحَّ تصرُّفه؛ وبه قال أبو حنيفة.

والثانى: أنه ينعزلُ قبل عِلْمه بالعزل.

فإنْ تصرَّف، لم ينفذْ تصرُّفه، وهو الأصحُّ؛ لأنه قطع عقد لا يفتقرُ إلى رضاه؛

فلم يفتقرْ إلى عِلْمه؛ كالمرأة فى الطلاقِ، ولأنه عزله عن التصرُّف؛ فلم ينفذْ تصرُّفه؛ كما لو علم به.

قالوا: أَمْر فلا يسقط حكمه قبل العِلْمِ بالنهى عِنه؛ كأمر صاحب الشرع.

قلنا: فى الأصل وجهان، ثم ذلك يقتضى الثوابَ والعقابَ؛ فاقتضى العِلْمَ به، ولأنَّ الإباحة فى حَقِّ الله - تعالى - لا تثبتُ مِنْ غير عِلْمٍ، وتثبتُ فى حقِّ الآدمى، وهو إذا أباح طعامه، أو ركوب دابته، أو التصرُّف فى ماله بعد وفاته، فأَكَلَ المباح له الطعام، وركب الدابّة، وتصرّف الوصى بعد وفاته، وهو لا يعلم، ثمَّ علم - فإنه لا ضمان عليه فى الطعام، والركوب، ويصحُّ التصرُّف من الوصى، وفى حقِّ الله - تعالى - بخلافه.

قالوا: أحد موجبى الوكالة؛ فلا يرتفعُ قبل العِلْمِ؛ كالأمانة.

قلنا: الأمانة تتعلَّق بترك العدوانِ؛ فلم يعلمْ فيها العزل، والتصرُّف يتعلَّق بالإذن، وقد زال الإذن؛ ولهذا لا ترتفع، الأمانة وإن علم، ما لم يفرطْ، والتصرف يرتفع.

فصل: فإذا ثَبتَ هذا: فإنْ أخبر الوكيل عدلان بأنَّ الموكِّل عزله - لزمه أن يقبل إجماعًا، وإن أخبره عَدْلٌ واحد: رجل أو امرأة: فإنْ غلب على ظنه صِدْقُهُ، لزمه أن يقبل، وإن أخبره فاسقٌ، أو كافر، أو صبى - لم يلزمْهُ قبوله.

فصل: وإنْ وكَّل رجلًا فى نقل زوجتِهِ من موضعٍ إلى موضعٍ، أو وكَّله فى بيع عبده، أو انتزاعِ داره من يد فلانٍ، فأقامتِ المرأةُ بيِّنة بأنَّه طلَّقها، أو العبدُ بأنه أعتقه، أو الذى فى يده الدار بأنَّ الملك انتقَلَ إليه -: انعزَلَ الوكيلُ عن الوكالة؛ لأنه نائبٌ عن الموكِّل، وقد زال ملك الموكّل عنه؛ فأشبه إذا أقرَّ الموكِّل بزواله.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) والوكيل أمين فيما فى يده من مال الموكل، فإن تلف فى يده من غير تفريط، لم يضمن؛ لأنه نائب عن الموكل فى اليد والتصرف، فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد الموكل، فلم يضمن.

وإن وكله فى بيع سلعة، وقبض ثمنها، فباعها وقبض ثمنها، وتلف الثمن واستحق المبيع، رجع المشترى بالثمن على الموكل؛ لأن البيع له، فكان الرجوع بالعهدة عليه، كما لو باع بنفسه.

(فصل) إذا ادعى رجل على رجل أنه وكله فى تصرف، فأنكر المدعى عليه؛

فالقول قوله لأنه ينكر عقدًا - الأصل عدمه، فكان القول قوله.

وإن اتفقا على الوكالة، واختلفا فى صفتها بأن قال الوكيل: وكلتنى فى بيع ثوب، وقال الموكل: بل وكلتك فى عبد، أو قال الوكيل: وكلتنى فى البيع بألف، وقال: بل وكلتك فى البيع بألفين، أو قال الوكيل: وكلتنى فى البيع بثمن مؤجل، وقال الموكل: بل وكلتك فى البيع بثمن حال - فالقول قول الموكل؛ لأنه ينكر إذنًا، والأصل عدمه، ولأن من جعل القول قوله فى أصل التصرف، كان القول قوله فى كيفيته، كالزوج فى الطلاق.

(الشرح) قوله: «فى كَيْفِيَّتِهِ»[1] منسوب إلى «كَيْفَ» وهى كلمة استفهام، أى كيف وقع كما قالوا فى الكمية فى النِّسبِ إلى «كَمْ» الاستفهامية بتشديد الميم وتخفيفها.

الأحكام: الوكيلُ أمينٌ فيما فى يده مِنْ مالِ الموكّل: فإنْ تلف فى يده مِنْ غير تفريطٍ - لم يضمنْ؛ لأنَّه نائبٌ عن الموكِّل فى اليد، والتصرُّف؛ فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد الموكل؛ فلم يضمنْ.

فصل: وإنْ وكَّله فى بيع سلعةٍ، وأذن له فى قبض ثمنها، أو أطلق، وقلنا: يجوزُ له قبضه، فادعى أنه باعها، وقبَضَ ثمنها، وأنَّ الثمن تَلِفَ فى يده مِنْ غير تفريطٍ، أو أنه سلَّمه إلى الموكِّل، وصدَّقه الموكِّل على ذلك، أو كذَّبه، فأقام الوكيلُ بيِّنةً على البيعِ، وقبض الثمن، وحلف على تلفه، واستحقَّ المبيع، أو رد بالعيب -رجع المشترى بالثمن على الموكِّل.

وقال أبو حنيفة: يرجع على الوكيل.

دليلنا: هو أن البيع له؛ فكان الرجوع بالعهدة عليه؛ كما لو باعَ بنفسه، ولأنَّه نائبٌ عن غيره فى العقد؛ فلا يرجعُ عليه بالعهدة؛ كالحاكم وأمين الحاكم.

قالوا: هو مِنْ حقوق العقد؛ فكان على الوكيلِ كتسليم المبيع.

قلنا: تسليم المبيع يجبُ على الولى والحاكم، ولا يرجع عليه بالعهدة.

فصل: وإن لم يُقم الوكيلُ بينة على ذلك، وقلنا: إنَّ القولَ قولُ الوكيل مع يمينه فى قبضِهِ من المشترى، وتلفه، فحلف على تلفه، ثمَّ استحقَّ المبيع -رجع المشترى

---

(١) ينظر النظم (٢/ ١٠).

على الوكيلِ دون الموكِّل، ولا يرجع الوكيلُ على الموكِّل بما يغرمه؛ لأنه يصدَّق فى براءته مِنْ حق موكِّله، ولا يصدّق فى لزومِ موكّله غرم مال لغيره. ويخالف إذا ثبَتَ ذلك بتصديقِ الموكّل، أو بالبيِّنة لا التُّهمة؛ لا تلحقه فى ذلك، وههنا: تلحقه التهمة؛ فلم يكنْ له الرجوعُ عليه؛ وهكذا إذا وجد المشترى بالمبيع عَيْبًا؛ فإنه يردُّه على الوكيل، فإذا ردَّه عليه، وطالبه بالثمن، فجاء الوكيل إلى الموكّل بالمبيع، وقال: رُدَّ الثمن الذى حلفت بأنَّك قبضته منى؛ لأرُدَّهُ على المشترى -حلف الموكل: أنه لم يقبضْهُ منه، وغرمه المشترى.

فصل: إذا ادعى رجلٌ على رجلٍ أنه وكيلُهُ فى تصرُّف بأنْ قال: وكَّلتك ببيع متاعى، وطالبه به، فأنكر المدعَى عليه ذلك بأنْ قال: مالك عندى شىء - فالقولُ قولُهُ مع يمينه؛ لأنه ينكرُ عقدًا: الأصلُ عدمُهُ؛ فكان القولُ قولَهُ مع يمينه.

فإنْ أقام الموكِّل بينةً على ما ادَّعاه، فقال: صدَقتِ البينةُ، ولكن دفعتَهُ إلىَ، ثم رددته إليك، أو قال: تلف فى يدى - فالقولُ قولُهُ فى ذلك مع يمينه؛ لأنه لم تظهرْ منه خيانة، وإن كان أجابَ بأنَّك لم تدفعْ إلىَّ شيئًا، ثمّ أقام الموكِّل بينة على ذلك، لم يقبلْ قوله فى دعوى التلفِ، ولا الردّ؛ لأنه أكذَبَ نفسه بإنكاره القبض.

وإن أقام بيِّنة على التلف أو الردّ: فهل تسمعُ أم لا؟ فيه وجهان يأتى بيانهما فى الوديعة - إنْ شاء الله، وبه الثقة.

فصل: وإنِ اتفقا على الوكالة، واختلفا فى صفة الموكل فيه، أو فى صفة الإذن بأنْ قال الوكيل: وكّلتنى فى بيعِ ثوبِ، وقد بعتُهُ، وقال الموكِّل: بل وكّلتُكَ فى بيعِ عبدٍ، أو قال الوكيل: وكّلتنى فى البيع بألف، وقد بعْت، وقال الموكِّل: بل وكّلتُكَ فى البيع بألفَيْن، أو قال الوكيل: وكّلتنى فى البيع بثمن مؤجّل، وقد بعت، وقال الموكِّل: بل وكّلتُكَ فى البيع بثمن حالٍّ، وصدّق المشترى الوكيلَ دون الموكّل -: فالقولُ قولُ الموكّل مع يمينه؛ لأنه ينكر إذنًا، والأصل عدمه، ولأنَّ من جُعِلَ القولُ قولَهُ فى أصْل التصرُّف، كان القولُ قولَهُ فى كيفيَّته، أى: فى صفته؛ كالزوجَيْن إذا اختلفا فى أَصْلِ الطلاق وصفته، كان القولُ قولَ الزوج فى الحالين، ويحلفُ بالله - تعالى -: أنه ما وكّله فى بيع الثوب، أو ما وكّله فى البيع بثمنٍ مؤجّل:

وإذا حلَفَ، نظَرْت -: فإنْ كان الوكيلُ قد ذكَرَ فى حال العقد: أنه للموكِّل: فإنْ كان المبيعُ باقيًا، أخذه، وإن كان تالفًا، كان له أن يرجعَ بقيمته على مَنْ شاءَ منهما،

فإنْ رجع على المشترى، لم يرجعِ المشترى على الوكيل بشىء من القيمة؛ لأن القيمة إن كانتْ مثل الثمن، أو أقلَّ، فهو مقرٌّ بأن هذا القدر منه لازمٌ بالشراء.

وإن كانتْ أكثَرَ من الثمن، فالقدر الزائد على قوله ظلمٌ؛ فلا يرجعُ به على غير مَنْ ظلمه، ويكون للمشترى أن يرجع بالثمن إن كان سلَّمه على جهة الرجوعِ بالدرك؛ لأنَّه دخل فى العقد على أنْ يسلَّم له المبيع، ولم يسلَّم له، فثبت له الرجوع بالثمن؛ كما لو استحقَّ المبيع. وإن رجع على الوكيل: فإن كان الرجوعُ فى المبيع بالثمن المؤجَّل -لم يرجعْ على المشترى فى الحالِ عليه بشىء؛ لأَنَّ الوكيلَ يقولُ: ظَلَمنى الموكل بأَخْذ القيمة منى عاجلًا، وإنَّما يستحقُّ أنْ يأخذ الثمن مؤجَّلًا، فلا يرجعُ به الوكيل فى الحال على غير مَنْ ظلمه.

وإذا حلَّ الأجل، كان له أن يرجع على المشترى بأقَلِّ الأمرَيْن من القيمة أو الثَّمَنِ؛ لأنَّ القيمة إنْ كانتْ أقلَّ فهو القدر الذى غرمه، وإن كانت أكثَرَ فالقَدْرُ الزائد على الثمن على قوله ظُلْمٌ؛ فلا يرجع به على غير مَنْ ظلمه.

فصل: وإنْ صدَّقه الوكيلُ والمشترى بأنَّ التوكيل كان فى بيعِ العبد دون الثوب، أو فى البيعِ بألفين لا بألفٍ، أو فى البيعِ بثمنٍ حالٍّ لا بمؤجَّل -: بطَلَ البيعُ:

فإنْ كان المبيعُ باقيًا: فللموكِّل أنْ يطالب من شاء منهما بردِّه إليه.

وإن كان تالفًا: فله أنْ يطالب مَنْ شاء منهما بقيمته؛ لأن الوكيلَ تعدَّى بما فعله، والمشترى أخذ ذلك بعَقْدٍ فاسدٍ؛ فإنْ ضمن الوكيل، رجع به على المشترى. وإنْ ضمن المشترى، لم يرجعْ به على الوكيل؛ لأنهما تساويا فى الضمانِ وقد انفرد المشترى بهلاكِهِ فى يده، فاستقرَّ الضمان عليه.

فصل: وإنْ صدَّقه أحدهما، وادعى الآخر: أنه أَذِنَ له فى ذلك: فإنِ اختار الموكِّل أن يضمنَ من صدَّقه -كان له أن يضمنه مِنْ غير يمين، وإن اختار أن يضمن الآخر، حلف له ورجع عليه، ورجوع مَنْ يضمنه منهما على الآخر على ما مضى فيه إذا كذَّباه.

فصل: وإن أقرَّ الوكيلُ بأنّه باع بغير إذن الموكل من غير أنْ يدعى الموكل ذلك، فقد قيل: فيه قولان:

أحدهما: أن البيع لازم ما لم يدَّعِ الموكل ذلك.

والثانى: لا يلزمُ ما لم يثبتْ فيه إِذْنُ الموكل.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن اختلفا فى التصرف، فادعى الوكيل: أنه باع المال؛ وأنكر الموكل، أو اتفقا على البيع، واختلفا فى قبض الثمن فادعى الوكيل: أنه قبض الثمن، وتلف، وأنكر الموكل، ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قول الوكيل؛ لأنه يملك العقد والقبض، ومن ملك تصرفًا ملك الإقرار به، كالأب فى تزويج البكر.

والثانى: أنه لا يقبل قوله؛ لأنه إقرار على الموكل بالبيع، وقبض الثمن، فلم يقبل، كما لو أقر عليه: أنه باع ماله من رجل، وقبض ثمنه.

وإن وكله فى ابتياع جارية، فابتاعها، ثم اختلفا؛ فقال الوكيل: ابتعتها بإذنك بعشرين، وقال الموكل: بل أذنت لك فى ابتياعها بعشرة - فالقول قول الموكل؛ لما بيناه.

فإن حلف الموكل، صارت الجارية للوكيل فى الظاهر؛ لأنه قد ثبت أنه ابتاعها بغير الإذن، فإن كان الوكيل كاذبًا، كانت الجارية له فى الظاهر والباطن، وإن كان صادقًا، كانت الجارية للموكل فى الباطن، وللوكيل فى الظاهر.

قال المزنى: ويستحب الشافعى - رحمه الله - فى مثل هذا: أن يرفق الحاكم بالموكل، فيقول: إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين، فبعه إياها بعشرين، فإن قال له: بعتك هذه الجارية بعشرين، صارت الجارية للوكيل فى الظاهر والباطن.

وإن قال - كما قال المزنى -: إن كنت أذنت لك فى ابتياعها بعشرين، فقد بعتكها بعشرين، فقد اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: لا يصح؛ لأنه بيع معلق على شرط، فلم يصح، وجعل ما قاله المزنى من كلام الحاكم، لا من كلام الموكل.

ومنهم من قال: يصح؛ لأن هذا الشرط يقتضيه العقد؛ لأنه لا يصح أن يبيعها إلا أن يكون قد أذن له فى الابتياع بعشرين، وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه.

فإن امتنع الموكل من البيع: قال المزنى: يبيعها الوكيل، ويأخذ حقه من ثمنها.

وقال أبو سعيد الإصطخرى: فيه وجهان:

أحدهما: ما قال المزنى.

والثانى: أنه يملكها ظاهرًا وباطنًا؛ بناءً على القولين فيمن ادعى على رجل: أنه

اشترى منه دارًا، وأنكر المشترى، وحلف، أن المستحب للمشترى أن يقول للبائع: إن كنت اشتريتها منك، فقد فسخت البيع، وإن لم يفعل المشترى ذلك، ففيه قولان:

أحدهما: أن البائع يبيع الدار، ويأخذ ثمنها.

والثانى: أن البائع يملك الدار؛ لأن المشترى صار كالمفلس بالثمن، لتعذر الثمن من جهته، فيكون البائع أحق بعين ماله.

وقال أبو إسحاق: لا يملك الوكيل الجارية قولًا واحدًا، أو تخالف الدار؛ لأنها كانت للبائع، فإذا تعذر الثمن انفسخ البيع، وعاد المبيع إليه، كما يعود إذا تحالف المتبايعان، والجارية لم تكن للوكيل، فتعود إليه عند التعذر، فإن قلنا: يملكها ظاهرًا وباطنًا، تصرف فيها بالوطء وغيره.

وإن قلنا: إنها للموكل فى الباطن، كان كمن له على رجل دين لا يصل إليه، ووجد له مالًا من غير جنس حقه.

(فصل) وإن اختلفا فى تلف المال، فادعى الوكيل أنه تلف، وأنكر الموكل، فالقول قول الوكيل؛ لأن التلف يتعذر إقامة البينة عليه، فجعل القول قوله.

(الشرح) الأحكام: إن اختلف الوكيلُ والموكّلُ فى التصرف، فادعى الوكيلُ أنه باعَ المال الذى وكّل فى بيعه، وأنكر الموكّل البيع بأن قال الوكيل: بعتُ، وقال الموكّل: ما بعتَ، أو اتفقا على البيع، واختلفا فى قبض الثمن، فادعى الوكيلُ أنه قبضَ الثمن، وتلف فى يده من غير تفريط، أو سلمه إلى الموكِّل، وأنكر الموكّل بأنْ قال: بعت، وما قبضت الثمن من المشترى - ففيه قولان:

أحدهما: أنَّ القولَ قولُ الوكيل مع يمينه؛ لأنّه يملكُ العقد والقبض، ومَنْ ملك تصرفًا، ملك الإقرار به: كالأب فى تزويج البكر، والسيِّد فى تزويج الأمة إذا أنكرت ذلك.

والثانى: أنه لا يقبل قوله عليه؛ بل القولُ قولُ الموكّل مع يمينه، وهو الأشبهُ بالمذهب؛ لأنه إقرار على الموكّل بالبيع فى الأولى، وقبض الثمن فى الأخرى؛ فلم يقبلْ منه، كما لو أقر على الموكّل أنه باع ماله بنفسه مِنْ رجل، وقبض الموكّل من الرجل ثمنه؛ فإنه لا يقبل قوله عليه.

وقال أبو حنيفة[1] : القول قول الوكيل، إلا أن يكون الاختلاف فى التزويج، فادعى الوكيل أنه تزوَّجها له، وادعته المرأة، وأنكر الموكّل العقد - لم يقبَل قولُ الوكيل.

قال: لأنه يمكنه إقامة البيِّنة على النكاح؛ لأنه لا يعقد إلا بحضرة بيِّنة، وهذا لا يصحُّ على أصله؛ لأن النكاح عنده ينعقد بحضرة فاسقين، ولا يثبت بهما، وقد يموتُ الشهود أو يفسقوا.

فصل: وإن وكَّله فى شراء عبد بعشرين دينارًا، فاشتراه الوكيلُ، ثمَّ اختلفا، فقال الوكيل: اشتريته بعشرين دينارًا، وقال الموكّل: بل اشتريته بعشرة دنانير - فهو على القولين فى المسألةِ قبلها:

أحدهما: أنَّ القولَ قول الوكيل مع يمينه؛ لأنه يملك العقد على ما أذن فيه، ومن ملك تصرفًا، ملك الإقرار به؛ لما مضى.

والثانى: أن القول قول الموكل مع يمينه؛ لأنه إقرار للبائع بما زاد على العشرة، والأصل عدمه؛ فكان على القولَيْنْ.

---

(١) قال فى العناية (٨/ ٩٢): إذا اختلف الآمر والمأمور فى إطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتنى ببيعه ولم تقل شيئا فالقول للآمر لأن الأمر يستفاد من جهته، ومن يستفاد الأمر من جهته أعلم بما قاله فكان هو المعتبر، إلا إذا كان فى العقد ما يخالف مدعاه، وليس ذلك بموجود لأن عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد، فإنه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشىء لا يكون وكيلا ببيعه؛ ولو قال وكلتك بمالى أو فى مالى لا يملك إلا الحفظ فليس فى العقد ما يدل على خلاف مدعاه من الإطلاق .

وقال فى شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٠٣): (و) إن قال وكيل لموكله (أذنت لى فى البيع نساء) وأنكره فالقول قول الوكيل (أو) قال وكيل: أذنت لى فى البيع (بغير نقد البلد) أو بعرض وأنكره موكل فالقول قول وكيل (أو اختلفا) أى: الوكيل والموكل (فى صفة الإذن) بأن قال: وكلتنى فى شرائه بعشرة فقال الموكل: بل بخمسة أو وكلتنى فى شراء عبد قال: بل أمة أو أن أبيعه من زيد قال: بل من عمرو أو قال: موكل: أمرتك ببيعه نسيئة برهن أو ضامن وأنكره وكيل ولا بينة (ف) القول (قول وكيل) ؛ لأنه أمين (كمضارب) اختلف مع رب المال فى مثل ذلك وكخياط إذا قال: أذنتنى فى تفصيله قباء، وقال ربه: بل قميصا ونحوه وإن باع الوكيل السلعة وقال للموكل: أمرتنى فقال: بل أمرتك برهنها صدق ربها فاتت أو لم تفت؛ لأن الاختلاف هنا فى جنس التصرف . وإن اختلفا فى أصل الوكالة فقول منكر؛ لأن الأصل عدم الوكالة .

وقال أبو حنيفة[(١)] : إن كان اشتراه بعين مال الموكّل، فالقول قولُ الوكيل، وإن كان اشتراه فى الذمّة، فالقول قول الموكل.

دليلنا: ما ذكرناه فى إقرار الوكيل: لا يقبل على الموكّل.

قالوا: الفرق بينهما: أن الشراء إذا كان بعين المال، كان الغارم هو الوكيل؛ لأنه يطالبه بما زاد عن العشرة والقول فى الأصول قولُ الغارم.

وإذا كان الشراء فى الذمّة، فالموكّل هو الغارم؛ لأنه يطالبه بالثمن.

قلنا: هذا الفرق لا يصحُّ؛ لأن فى الحالين جميعًا يثبت بذلك الغرم على الموكّل؛ لأنه إمّا أن يطالب به، أو يوزن من ماله الذى فى يد الوكيل، وذلك يقتضى إيجاب الحقِّ بقوله على الموكّل فى الحالين جميعًا؛ فلا معنىً للفرق بينهما.

فصل: وإنْ وكّله فى شراء جارية، فاشتراها الوكيل، ثم اختلفا فقال الوكيل: أذنت لى فى شرائها بعشرين دينارًا، وقد اشتريتها بإذنك بعشرين، وقال الموكل: بل أذنت لك فى شرائها بعَشَرة دنانير: فإنْ أقام الوكيلُ بينة على ما ادعاه، قضى له، وإن لم يكن له بينه، فالقول قولُ الموكّل مع يمينه؛ لأنهما لو اختلفا فى أصل الإذن - ولا بينة - كان القولُ قوله؛ فكذلك إذا اختلفا فى صفته؛ كالزوجين إذا اختلفا فى أصل الطلاق وصفته.

ويخالف: إذا اتفقا على الإذن، واختلفا فى التلف؛ حيث قبل قوله فى التلف لأن هناك ثبت الإذن، فقبل قوله فيه، وهاهنا: لم يثبت الإذن؛ فلم يقبل قوله فيه.

فإن حلف الموكّل، انصرف العقد عنه، ثم ينظر:

فإن كان اشتراها بعين مال الموكّل نظَرْت:

فإن كان قال للبائع إنى أشترى هذه الجارية لفلان، وهذا عين ماله، فالشراء باطل؛ لأنه ذكر أنه يشتريها للموكّل بعين ماله، وقد حكم فيه بأنّه لم يأذن له فى ذلك.

وإنْ كان أطلق الشراء، ولم يعلم البائعُ بذلك نظرتَ: فإن صدقه البائع، فهو كما

---

(١) وعند الحنابلة كما فى الإنصاف (٥/ ٣٩٧): لو وكله فى شراء عبد فاشتراه، واختلفا فى قدر الثمن . فقال «اشتريته بألف» فقال الموكل «بل بخمسمائة» - فالقول قول الوكيل، على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى، والشرح، والفائق . قال القاضى: القول قول الموكل، إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه الوكيل فيكون القول قوله .

لو ذكره فى العقد، وإن لم يصدقه، وادعى الوكيل: أنه قد علم ذلك، فالقولُ قولُهُ مع يمينه: إنه لا يعلم أنه اشتراها بمال الموكّل؛ لأنه يحلف على نفى فعل الغير؛ فإنْ حلف البائع: فالشراء لازم للوكيل؛ لأنَّ الظاهر منه أنه اشتراها لنفسه، وأنَّ المال الذى فى يده ماله؛ فلا يقبل قوله بعد ذلك على البائع: إنَّ الشراء كان لغيره، ويلزم الوكيلَ غرامةُ اليمينِ للموكّل.

وإن كان اشتراها بثمن فى ذمته: فإن كان ذكر فى حال العقد: أنه يشتريها لموكّله، ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّ العقد باطل؛ لأنه عقد على أنّها للموكّل، وقد حكم أن الموكّل لم يأذنْ فيه؛ فبطل.

والثانى: يصحُّ ويلزم الوكيل، وهو قول أبى إسحاق المروزى، وهو الصحيحُ؛ لأنه اشتراها فى الذّمة، ولم يصحَّ فى حقِّ الموكّل؛ فانعقد فى حق نفسه، كما لو لم يذكر الموكّل.

فصل: وإنْ لم يذكر الموكّل فى حال العقد، صارت الجارية للوكيل فى الظاهر؛ لأنه قد ثبت أنه اشتراها بغير إذن الموكّل، وإذا اشترى لغيره فى الذّمة ما لم يؤذنْ له فيه، انعقد الشراء له، كما لو اشتراه من غير وكالةٍ، وعلى الوكيل ردُّ ما أخذ من الثمن إلى الموكّل، ثمَّ ينظر:

فإن كان الوكيل كاذبًا، كانت الجارية ملكًا له فى الظاهر والباطن؛ لأنه إذا لم يكنْ من الموكّل إذن فيه، لم ينعقد الشراء له؛ فكانت للوكيل بكل حال.

وإن كان صادقًا، كانت الجاريةُ ملكًا للموكّل فى الباطن، وللوكيل فى الظاهر؛ لأن الشراء انعقد للموكّل؛ فلا يزولُ ملكه عنها باليمين الكاذبة.

قال المزنى: ويستَحبُّ الشافعىُ فى مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكّل، فيقول له: إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين، فبعْهُ إيَّاها بعشرين: فإن قال: بعتك هذه الجارية بعشرين، فقال الوكيل: قبلت - صارت الجاريةُ للوكيلِ فى الظاهر والباطن.

وإن قال - كما قال المزنىُ -: إن كنت أذنت لك فى شرائها بعشرين، فقد بعتكها بعشرين - فقد اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: لا يصحُّ؛ لأنه بيع معلق على شرط، فلم يصحَّ؛ كما لو قال: إن كان قدم فلان، فقد بعتك، وجعل ما قاله المزنى من كلام الحاكم، لا من كلام

الموكّل.

ومنهم من قال: يصح؛ لأن هذا الشرط يقتضيه العقد فى الإيجاب؛ لأنه لا يصحُّ أن يبيعها إلَّا أن يكونَ قد أذن له فى شرائها بعشرين حتى يكون البيع قد أنعقد له، وما يقتضيه العقد لا يبطلُ العقد بشرطه، وهذا كقوله: إن كان مالى الغائب سالمًا، فهذا عن زكاته، وإن لم يكنْ سالمًا، فهو نافلة؛ فإنه يصحُّ؛ لأنَّ ذلك مقتضى الإطلاق، وإن كانت الزكاة لا تتعلّق بشرط، ولأنه إذا أطلق، وقال: بعتُكَ - يكون إقرارًا منه بالملك على قول بعض أصحابنا، وتكذيبًا لنفسه فيما ادَّعاه؛ فلا يؤمَرُ به، والشرط المذكور لَا يمنع صحة العقد؛ لأنه أمر بوقوعه؛ فهو كما اتفقا على ملك شىء لأحدهما، فقال المالك: إن كان هذا ملكى، فقد بعتك؛ فإنه يصحُّ، وكذلك كل شرط علم وجوده؛ لأنه لا يؤدِّى إلى إيقاف البيع، بخلاف ما يؤدى إلى إيقافه. فإنْ أوجب الموكّل البيع فى الجارية للوكيل، وقبل الوكيل: إمَّا مطلقًا، أو على الشرط المذكور، وقلنا: إنه يصحُّ، صارت الجارية ملكًا للوكيل فى الظاهر والباطن. وإن امتنع الموكّل من ذلك، لم يجبر عليه؛ لأنه لا يجوزُ إجباره على البيع ابتداءً؛ فلا يجبر عليه، وقد برئ منه باليمين.

وهل تصير الجاريةُ بامتناع الموكّل من بيعها مِنَ الوكيل مِلْكًا للوكيل فى الظاهر والباطن؟

ظاهر ما نقله المزنى: أنها لا تصير ملكًا له فى الباطن؛ فإنه قال: يبيعها الوكيل، ويأخذ حقه من ثمنها.

وقال أبو سعيد الإصطخرى: فيه وجهان:

أحدهما: ما قال المزنىُّ، وتوجيهه يأتى.

والثانى: أنه يملكها ظاهرًا وباطنًا؛ بناءً على القولين فيمن ادعى على رجُلٍ أنه اشترى منه دارًا بكذا وكذا، وأنكر المشترى الشراء، وحلف أن المستحبَّ للمشترى أن يقول للبائع: إن كنت اشتريتها منك فقد فسخت البيع، فإن لم يفعل المشترى ذلك، ففيه قولان:

أحدهما: أنَّ البائع يبيع الدار، ويأخذ حقَّه من ثمنها.

والثانى: أن البائع يملك الدار ظاهرًا وباطنًا؛ لأن المشترى صار كالمفلس بالثمن؛ لتعذُّر الثمن من جهته، فيكون البائع أحقَّ بعين ماله.

وقال أبو إسحاق المروزىّ: لا يملك الوكيل الجارية قولًا واحدًا، وهو الأصحُّ؛ لأن اليمين الفاجرة كالبينة الكاذبة، ولا يحصلُ الملك بالبينة الكاذبة؛ فكذلك لا يحصُلُ باليمين الفاجرة.

ويخالف الدار؛ لأنها كانت للبائع، فإذا تعذَّر الثمن، انفسخ البيع، وعاد المبيع إليه؛ كما يعود إذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمنِ، وتحالفا، وفسخ العقد بينهما، والجارية لم تكنْ للوكيل؛ فتعود إليه عند التعذُّر.

فإن قلنا: إنه يملكها ظاهرًا وباطنًا، جاز له التصرفُ فيها بالوطء وغيره.

وإن قلنا: إنها للموكِّل فى الباطن، كان الحكم فيها كمن له على رجلٍ دَيْن لا يصلُ إليه، ووجد له مالًا من غير جنس حقِّه؛ فلا يجوز له وطؤها ولا استخدامها، بل تباع، ويأخذ حقَّه من ثمنها، وفيمن يتولى بيعها وجهان:

أحدهما: أن له أن يبيعها بنفسه.

والثانى: أنه يواطئ رجلًا يدعى عليه دينًا، وأنها رهن على الدَّيْن فيقر له بذلك، فيبيعها الحاكم عليه.

والأوَّل أظهر؛ لأن فى هذا مشقَّةً، وأمرًا بالكذب.

فإنْ بيعتْ بأكثر من عشرين دينارًا، كانت الزيادةُ على ملك الموكّل، وهل تترك فى يده؟ فيها وجهان:

أحدهما: تترك فى يده؛ لأنَّ الموكل لا يدَّعيه.

والثانى: يأخذه الحاكم إذا علم بالحال.

فصل: وإنْ وكّل رجلًا فى قبض دين له على رجلٍ، فادعى الوكيل أنه قبضه، ثم تلف فى يده، وأنكرَ الموكِّل قبضه منه، بأن قال لم يقبض منه شيئًا، وصدّق من عليه الدين الوكيل بأن قال دفعته إلى الوكيل - فالقولُ قولُ الموكّل مع يمينه، فإذا حلف، استحق أخذه ممن عليه؛ لأنَّ هذا إقرار من الوكيل مع يمينهِ على موكّله لأجنبى فلم يقبلْ منه؛ كما لو ادعى رجل على موكّله مالًا فصدَّقه الوكيل، لم يقبلْ قوله عليه، ولأنَّه إنما يجعلُ القول قول الوكيل فيما يتوجه على الوكيلِ فيه الضمان، وهاهنا: إذا جعل القول قول الموكّل مع يمينه، لم يتوجَّه على الوكيل ضمان؛ فلم يقبلْ قوله على الموكل.

وإن قال الوكيل: قبضته، ودفعته إليك، وقال الموكل: أخذته منه، ولم تدفعه

إلىّ . فالقول قول الوكيل مع يمينه إذا كان بغير جُعْل. فإذا حلف، برئ، وإن كان بجعل: فعلى ما يأتى بيانُهُ.

وإن قال الموكّل: أخذته منه، فسلّمه إلى، وقال الوكيل: لم آخذ منه - فالقولُ قولُ الوكيل مع يمينه، فإذا حلف كان للموكِّل أنْ يأخذ حقَّه من غريمه: قال الصيدلانى فى شرح الفروع: لأنه لم يدفعْ دفعًا مبرئًا؛ حيث لم يشهد عليه بالقبض.

فصل: وإذا وكَّل رجلًا فى بيع شىء، فباعه - كان للموكِّل مطالبةُ المشترى بالثمن، وأما الوكيل فعلى ما تقدَّم.

وقال أبو حنيفة: لا يجوزُ للموكّل مطالبته به.

دليلنا: هو أنه حقٌّ للموكل يجوزُ لوكيله المطالبة به؛ فجاز له المطالبة به؛ كمهر أمته وسائر ديونه.

قالوا: هو من حقوق العقد؛ فاختصَّ بالوكيل كقبض عوض الصرف.

قلنا: لا نسلّم الأصل؛ فإنه يجوز للموكِّل قبض عوض الصرف فى مجلس التوكيل، ثمَّ ذلك مِنْ شروط العقد؛ فهو كالشهادة فى النكاح، وهذا من حقوق الملك؛ فهو كالمهر فى النكاح.

فصل: فإن اتفق الوكيلُ والموكِّل بأنَّ الوكيل قبض الثمن من المشترى، واختلفا فى تلف الثمن، أو فى تلف غيره من المال: فادعى الوكيلُ أنه تلف من غير تفريط، وأنكر الموكل التلف - نظرت:

فإن ادعى الهلاك بسبب خفى، فالقولُ قولُهُ مع يمينه: إنه هلك؛ لأنَّ الهلاك يتعذَّر إقامة البينة عليه؛ فقبل قوله فيه مع يمينه.

وإن ادعى التلف بسببٍ ظاهر كالنهب والحريق، لم يقبلْ حتى يقيم البينة على وجود النهب والحريق، ثم يحلف أنه هلك بذلك؛ لأنَّ الأصل أن لا نهب ولا حريق، ويمكن إقامة البينة عليهما؛ فلم يقبل قوله مِنْ غير بينة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن اختلفا فى رد المال، فقال الوكيل: رددت عليك المال، وأنكر الموكل، نظرت: فإن كانت الوكالة بغير جعل، فالقول قول الوكيل مع يمينه؛ لأنه قبض العين لمنفعة المالك، فكان القول فى الرد قوله، كالمودع.

وإن كانت الوكالة بجعل، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقبل قوله؛ لأنه قبض العين لمنفعة نفسه، فلم يقبل قوله فى الرد؛ كالمستأجر، والمرتهن.

والثانى: أنه يقبل قوله؛ لأن انتفاعه بالعمل فى العين، فأما العين فلا منفعة له فيها، فقبل قوله فى ردها، كالمودع فى الوديعة.

(فصل) إذا كان لرجل على رجل آخر حق، فطالبه به، فقال: لا أعطيك حتى تشهد على نفسك بالقبض، نظرت: فإن كان مضمونًا عليه، كالغصب، والعارية، فإن كان عليه فيه بينة، فله أن يمتنع حتى يشهد عليه بالقبض؛ لأنه لا يأمن أن يقبض، ثم يجحد، ويقيم عليه البينة، فيغرمه.

وإن كان أمانةً، كالوديعة، أو ما فى يد الوكيل، والشريك، أو مضمونًا لا بينة عليه فيه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أن له أن يمتنع حتى يشهد بالقبض، وهو قول أبى على بن أبى هريرة؛ لأنه لا يأمن أن يقبض، ثم يجحد، فيحتاج أن يحلف: أنه لا يستحق عليه، وفى الناس من يكره أن يحلف.

والثانى: أنه ليس له أن يمتنع؛ لأنه إذا جحد، كان القول قوله أنه لا يستحق عليه شيئًا، وليس عليه فى اليمين على الحق ضرر، فلم يجز له أن يمتنع. والله أعلم.

(الشرح) الأحكام: إن اختلفا فى دفع الثمن، أو فى رد المال: فقال الوكيلُ للموكِّل: دفعتُ لك الثمن، أو قال: رددتّ عليك المال، وأنكر الموكل قبض الثمن من الوكيل، وكان قد صدقه على أنه قبضه من المشترى، أو أنكر رد المال إليه – نظرتَ:

فإن كانت الوكالة بغير جعل، فالقول قولُ الوكيل مع يمينه: إنه سلَّمه إليه؛ لأنه قبض الثمن والعين لمنفعة المالك؛ فكان القولُ قوله فى الدفع والردّ؛ كالمودع.

وإن كانت الوكالة بجعل، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يقبل قوله، بل القولُ قولُ الموكِّل مع يمينه؛ لأن انتفاعه بالتصرُّف فى العين لمنفعةِ المالكِ، فأمَّا العين: فلا منفعة فيها؛ فقبل قوله فى دفع الثمن، وردها مع يمينه؛ كالمودع فى رد الوديعة، والوكيل بغير جعل، ويفارق المستأجر والمرتهن؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما يأخذ العين لمنفعةِ نفسهِ: لأنَّ المستأجر يستوفى المنفعة من رقبة العينِ المستأجرة، والمرتهن يستوفى حقَّه من ثمن الرهن.

فصل: وإذا وكله فى بيع مالٍ، وقبض ثمنه، فباعه وقبض ثمنه - كان فى يده أمانة، فَقَبْلَ أن يطالبه الموكّل به لا يلزمه تسليمه إليه، ولا يضمنه بتأخُره عنه؛ لأنّه رضى بكونه فى يده على وجه الأمانة، فكان على الأمانة ما لم يرجع الموكّل عن ذلك: فإنْ طالبه الموكِّل بدفعه إليه أو بدفع غير الثمن مما عنده وفى يده من ماله - وجب عليه دفعُهُ له على حسب الإمكان: فإنْ ردَّه فى الحال، فقد أدى ما عليه. وإن أخر الرد، نظرت:

فإن كان ذلك لعذر، مثل أن يكون فى الحمام، أو مشتغلًا بالأذان والصلاة، أو يخاف فوت الجمعة أو صلاة مكتوبة، أو يكون حاقنا، أو يطالبه بالليل، أو يضيع مفتاح القفل فيمهل إلى أن يرتاد مفتاحًا - فلا يكلف تسليم ذلك فى الحال.

وهكذا ما أشبه ذلك من الأعذار، لم يعد مفرطًا بذلك؛ لأنه يلزمه رد الأمانة على ما جرت به العادة فى ردها، والعادة لم تجر بإلزام الأمناء رد الأمانات فى مثل هذه الأحوال.

فإن تلف المال قبل زوال العذر أو بعد زوال العذر فى حال الاشتغال برده. فلا ضمان عليه؛ لما ذكرناه.

فصل: وإن تلف بعد زوال العذر وإمكانه من الأداء، لزمه ضمانه.

وكذلك إذا طالبه ولا عذر له: بأن كان قاعدًا على باب حانوته متمكنًا من رده - لزمه ضمانه، سواء تلف قبل أن يمضى زمان إمكان الأداء أو لم يمض؛ لأنّه خرج عن الأمانة بمنعه الدفع من غير عذر.

فصل: فإن طالبه الموكل بالدفع، فوعده، وأخره عنه، ثم ادعى أنه كان قد تلف قبل مطالبته، أو قال: رددته إليه قبل مطالبته. لم يقبل قوله فى ذلك؛ لأنه يكذب نفسه، ولأن خيانته قد ظهرت؛ فصار ضامنًا فى الظاهر بترك الدفع من غير عذر.

فإن أقام البينة برده، أو بتلفه قبل أن يطالبه. ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يسقط عنه الضمان؛ لأن الموكل لو صدقه على ماَ ادّعاه، سقَطَ عنه الضمان؛ فإذا أقام به البيِّنة، سقط.

والثانى: لا يسقط؛ لأنه كذَّب البيِّنة حين وعده بدفعه إليه، فلم يسمعْ بينته.

ويفارق إذا صدَّقه؛ فإنه إذا صدَّقه، فقد أقرَّ ببراءته؛ فلم يستحق مطالبته به.

وإنِ ادعى أنه تلف بعد ما دفعه عن تسليمه، أو أنه ردَّه إليه بعد ذلك. لم يقبلْ

قوله؛ لأنه صار بالمنع عن التسليم ضامنًا، فلا يقبل قوله فى الردّ؛ لأنه خرج بذلك من الأمانة.

فإنْ أقام البيِّنة بالردّ قُبِلَتْ وجهًا واحدًا.

وإن كان حال أنْ طالبه تالفًا، ولم يعلم الوكيل بتلفه، ثم علم به بعد ذلك - فلا ضمانَ عليه؛ لأنّه لم يتعدَّ بالمنع.

وقيل: يضمن؛ لأنه لما منعه، تبيَّنا أنه كان ممسكًا له على نفسه؛ فيكون تلفه منْ ضمانه.

فصل: وإن ادعَى على الوكيل: أنه طالبه بردِّ المال الذى فى يده، وامتنع من الردِّ من غير عُذْر، وأنكر الوكيل ذلك: فإنْ أقام الموكِّل بينةً بذلك، وجب على الوكيل الضمان. وإن لم يكنْ له بينة، فالقول قولُ الوكيل مع يمينه: فإنْ حلف، فهو على الأمانة، وإن نكل، وحلف الموكِّل بالله: لقد طالبه، فمنعه من غير عذر - صار الوكيل ضامنًا. فإن كان المال قد تلف فى يده، لزمه ضمانه للموكل.

فصل: وإن ادعى الموكِّل على وكيله خيانةً، نظرتَ فيه:

فإن ذكر شيئًا مبهمًا، لم تسمع دعواه؛ لأنها مجهولة.

وإن ذكر شيئًا معلومًا، سمعت دعواه، وكان القولُ قولَ الوكيل مع يمينه؛ لأن الأصل الأمانة حتى تثبت الخيانة. فإذا حلَفَ برئ، وكان الجعل الذى جعله له. وإن نكل، وحلفِ الموكل، أو أقام به بينة، ثبتت الخيانة، وقاصصه بجعله إن كان من جنسه.

فصل: وإن دفع إليه ألفًا، وقال: أسلمها فى طعام، ففعل، ولم يسلم الموكّل، ثم اختلفا، فقال الوكيل: أسلمت لنفسى، وقال الموكل: بل أسلمت لى. فالقولُ قولُ الوكيل مع يمينه: فإن حلف، كان ذلك له دون الموكّل، وكان للموكّل الرجوع عليه بألفٍ، فهذا إذا عقد عليه فى الذمَّة، ثم دفع الدراهم إلى المسلم إليه، فأمَّا إذا عقد على عين الدراهم، فهو على ما تقدم بيانه فى مثله.

فصل: إذا كان لرجل على آخر حقّ، فطالبه به، فقال: لا أعطيك حتى تشهد على نفسك بالقبض - نظرت:

فإن كان ذلك الحقُّ مضمونًا عليه: كالعين المغصوبة، والمستعارة، أو كان دينًا: فإنْ كان له عليه بينة، فله أن يمتنع عن تسليمه إليه حتى يشهد عليه بالقبض بأنْ يدفعه

إليه بحضرة شاهدين؛ لأنه لا يأمن أن يقبض، ثم يجحد، ويقيم عليه البينة؛ فيكون القولُ قولَه مع يمينه؛ فيغرمه. فإنْ طلب إليه أن يدفع إليه الوثيقة التى فى يده بالدين، لم يلزمه أن يدفعها، لكنْ يشهد على القبض منه؛ فيكون مع كل واحد منهما حجة.

وإن كان أمانة كالوديعة، أو ما فى يد الوكيل، أو الشريك، أو مغصوبًا، أو عارية، أو دينًا لا بيِّنة له عليه بذلك - ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّ له أن يمتنع عن الدفع حتى يشهد عليه بالقبض، وهو قول أبى على بن أبى هريرة؛ لأنه لا يأمن أن يقبض، ثم يجحد؛ فيحتاج أن يحلف أنه لا يستحقُّ عليه ذلك، وفى الناس منْ يكره أن يحلف.

والثانى: أنه ليس له أن يمتنع من الدفع؛ لأنه إذا جحده، فقال: لا يستحقُّ علىَّ شيئًا، كان القول قَولهُ مع يمينه: إنه لا يستحقُّ عليه شيئًا، وليس عليه فى اليمين على الحقِّ ضرر؛ فلم يجز أنْ يمنع الدفع إليه، والله أعلم بالصواب.

* * *

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب الوديعة

يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة، وأداء الأمانة فيها - أن يقبلها؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، ولما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ - قال: «من كشف عن مسلم كربةً من كرب الدنيا، كشف الله عنه كربةً من كرب يوم القيامة، والله فى عون العبد، ما دام العبد فى عونِ أخيه» فإن لم يكن من يصلح لذلك غيره، وخاف إن لم يقبل أن تهلك، تعين عليه قبولها؛ لأن حرمة المال كحرمة النفس؛ والدليل عليه ما روى ابن مسعودٍ: أن النبى ﷺ قال: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه» ولو خاف على دمه، لوجب عليه حفظه، فكذلك إذا خاف على ماله، وإن كان عاجزًا عن حفظها، أو لا يأمن أن يخون فيها، لم يجز له قبولها؛ لأنه يغرر بها ويعرضها للهلاك، فلم يجز له أخذها.

(فصل) ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف فى المال، فإن أودعه صبى أو سفيه، لم يقبل - ؛ لأنه تصرف فى المال، فلم يصح من الصبى والسفيه؛ كالبيع.

فإن أخذها منه، ضمنها؛ لأنه أخذ ماله من غير إذنٍ، فضمنه، كما لو غصبه، ولا يبرأ من الضمان إلا بالتسليم إلى الناظر فى ماله، كما نقول فيما غصبه من ماله.

وإن خاف المودع أنه إن لم يأخذ منه استهلكه فأخذه، ففيه وجهان؛ بناءً على القولين فى المحرم إذا خلص طائرًا من جارحةٍ، وأمسكه ليحفظه.

أحدهما: لا يضمن؛ لأنه قصد حفظه.

والثانى: يضمن؛ لأنه ثبتت يده عليه من غير ائتمانٍ.

(فصل) ولا يصح إلا عند جائز التصرف، فإن أودع صبيًا أو سفيهًا، لم يصح الإيداع؛ لأن القصد

من الإيداع الحفظ، والصبى والسفيه ليسا من أهل الحفظ.

فإن أودع واحدًا منهما، فتلف عنده؛ لم يضمن؛ لأنه لا يلزمه حفظه، فلا يضمنه، كما لو تركه عند بالغٍ من غير إيداعٍ، فتلف.

وإن أودعه فأتلفه، ففيه وجهان:

أحدهما: يضمن؛ لأنه لم يسلطه على إتلافه، فضمنه بالإتلاف، كما لو أدخله داره، فأتلف ماله.

والثانى: لا يضمن؛ لأنه مكنه من إتلافه، فلم يضمنه، كما لو باع منه شيئًا، وسلمه إليه، فأتلفه.

(الشرح) أما حديث: «من كشف عن مسلم كربة...» فقد تقدم تخريجه.

أما حديث «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه» فأخرجه البزار[١] والدارقطنى[٢] كلاهما من طريق عمرو بن عثمان: ثنا أبو شهاب عن الأعمش عن أبى وائل عن عبد الله بن مسعود مرفوعًا.

قال البزار: لا نعلم عن عبد الله إلا بهذا الإسناد، ولا نعلم رواه عن الأعمش إلا أبو شهاب.

وأخرجه أبو يعلى[٣] من طريق محمد بن دينار الطاحى عن إبراهيم الهجرى عن ابن مسعود مرفوعًا: «سباب المسلم أخاه فسوق، وقتاله كفر، وحرمة ماله كحرمة دمه».

والحديث ذكره الهيثمى[٤] فى المجمع وقال: رواه البزار وأبو يعلى، وفيه محمد ابن دينار: وثقه ابن حبان وجماعة، وضعفه جماعة، وبقية رجال أبى يعلى ثقات، ولكنه رواه فى حديث: «سباب المسلم فسوق، وقتاله كفر» ورجال البزار فيهم عمرو بن عثمان الكلابى: وثقه ابن حبان، وقال الأزدى: متروك. اهـ.

وللحديث طريق آخر أخرجه الطبرانى فى الكبير[٥] من طريق إسماعيل بن عياش عن ليث بن أبى سليم عن طلحة بن مصرف عن مسروق عن عبد الله مرفوعًا: «سباب المسلم فسوق وقتاله كفر، وحرمة ماله كحرمة دمه».

وله طريق آخر عند أبى نعيم[٦] فى حلية الأولياء من طريق إسماعيل بن عمرو: ثنا

---

(١) (٢/ ١٣٤ - كشف) (١٣٧٢).
(٢) (٣/ ٢٦ كتاب البيوع) (٩٤).
(٣) (٩/ ٥٥ - ٥٦) (٥١١٩).
(٤) (٤/ ١٧٥).
(٥) (١٠/ ١٩٧) (١٠٣١٦).
(٦) (٧/ ٣٣٤).

الحسن بن صالح عن إبراهيم الهجرى عن أبى الأحوص عن عبد الله بن مسعود قال، قال رسول الله ﷺ: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه».

قال أبو نعيم: غريب من حديث الحسن والهجرى، رواه إسماعيل بن أبى خالد عن قيس بن حازم عن ابن مسعود مثله. اهـ.

وأورده السيوطى[(١)] فى الجامع الصغير من رواية أبى نعيم، ورمز له بالضعف، ووافقه المناوى[(٢)] فى شرحه: فيض القدير شرح الجامع الصغير.

قوله «الوديعة»: هى لغة ما وضع عند غير مالكه؛ ليحفظه، والجمع: الودائع، وهى فعيلة بمعنى مفعولة[(٣)]، من: الودع؛ وهو الترك. قال ابن القطاع[(٤)]: ودعت الشيء ودعًا: تركته. والوديعة من الأضداد تستعمل فى إعطاء المال لحفظه وفى قبوله، قاله الأصمعى[(٥)].

وقال فى اللسان: استودعه مالًا، وأودعه إياه: دفعه إليه؛ ليكون وديعة، وأودعه: قبل منه الوديعة، جاء به الكسائى فى باب الأضداد[(٦)].

قال الزبيدى: أنشد الصَّاغانى للبيد -رضى الله عنه-: [من الطويل]

وَمَا المال والأهلون إلا ودائع　　ولا بد يومًا أن تُرد الودائع[(٧)].

وقال ابن فارس: «ودع: الواو والدال والعين أصل واحد يدل على الترك والتخلية، ودعه: تركه»[(٨)]. وقيل: الوديعة فعيلة بمعنى فاعلة، إن أخذت من ودع بمعنى سكن؛ لأنها ساكنة عنده. وقيل: إنها مشتقة من الخفض والدّعة؛ فكأنها فى دعة وراحة عند الوديع[(٩)].

وفى المصباح المنير: واشتقاقها من الدعة، وهى الراحة، أو هى من الحفظ، قال

---

(١) (٣/ ٣٨١ - فيض) (٣٧٠٧).
(٢) (٣/ ٣٨١ - ٣٨٢).
(٣) المصباح المنير ص (٦٥٣).
(٤) ينظر: المطلع ص (٢٧٩).
(٥) الأضداد للأصمعى ص (٩٤)، ومختار الصحاح ص (٧١٤).
(٦) ينظر اللسان (ودع).
(٧) ينظر ديوانه ص (١٧٠)، اللسان (عمر)، تاج العروس (شيع)، (ودع).
(٨) معجم مقاييس اللغة (٦/ ٩٦).
(٩) تاج العروس (٢٢/ ٢٩٨، ٢٩٩) بمعناه.

عليه الصلاة والسلام فى حديث وداع المسافر: «أَسْتَوْدِعُ اللهَ دِينَكَ وَأَمَانَتَكَ»[١] أى: أستحفظ الله؛ أى: أطلب منه حفظهما؛ فكأن الوديعة تترك عند المودع للحفظ؛ ولهذا لا يودع عادة إلا عند من يعرف بالأمانة والديانة[٢].

ومحصلة القول: أن مادة (ودع) قد تعنى الترك والتخلية، وقد تعنى الراحة، وقد تعنى الحفظ، وقد تعنى الأخذ. وحينما نتكلم عن الوديعة فهى تعنى الترك لأجل الحفظ، فتضم معنيين من معانى (ودع)، وقد تعنى أيضًا: الأخذ من أجل الحفظ، فضمت أيضًا معنيين.

وبذلك تتوافر فى الوديعة ثلاثة معان من معانى مادة (ودع).

تعريف الوديعة عند الفقهاء:

أولاً - الوديعة عند الشافعية:

الوديعة عند الشافعية بمعنى الإيداع هى: العقد المقتضى للاستحفاظ، أى: الصيغة المقتضية لطلب الحفظ، مثل قول محمد: استحفظتك هذا المال، فيقول خالد: قبلت[٣].

أما الوديعة بالمعنى - الاسمى - أى: بمعنى الشىء المودع - فهى العين المستحفظة بالعقد، أى العين المودعة، وهى المال والاختصاص المحترم؛ أى: المنتفع به الذى يوضع عند الغير لحفظه، فهى حقيقة فيهما، ثم عقدها فى الحقيقة توكيلٌ من جهة المودع، وتوكل من جهة الوديع فى حفظ مال، أو اختصاص، كنجس منتفع به، فخرجت اللفظة، والأمانة الشرعية، كأن طيَّر نحوُ ريح شيئًا إليه، أو إلى محله، وعلم به.

ثانيًا الوديعة عند الحنفية:

التعريف: الوديعة عرفها صاحب «درر الأحكام» بقوله: «هى أمانة تركت للحفظ» وعرفها فى رد المحتار بقوله: «ما تترك عند الأمين للحفظ فقط»[٤].

---

(١) أخرجه الترمذى (٥/ ٤٦٥)، رقم (٣٤٤٢)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٩٧)، والبغوى فى شرح السنة (٣/ ١٣٤).

(٢) المصباح المنير ص (٦٥٣).

(٣) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٦/ ١٠)، حاشية الباجورى (٢/ ١٠٤)، حاشية الشرقاوى (٢/ ٩٦)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٤٣)، مغنى المحتاج (٣/ ٧٩).

(٤) ينظر رد المحتار (١٢/ ٤٣٩ - ٤٤٠).

شرح التعريف وبيان محترزاته:

قولهم: «ما تترك عند الأمين» أسدّ من قول صاحب الدرر: هى «أمانة» ؛ إذ الوديعة أخص من الأمانة؛ لأن الأمانة اسم لما هو غير مضمون، فيشمل جميع الصور التى لا ضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصى بخدمته فى يد الموصى له بها. والوديعة ما ودع للحفظ بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين، أى: بالعموم والخصوص.

والحكم فى الوديعة: أنه يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق، ولا يبرأ عن الضمان إذا عاد الوفاق فى الأمانة.

والفرق بين الوديعة والأمانة: العموم، والخصوص؛ فإنَّ كلَّ وديعة أمانة والعكس ليس كذلك، وحمل الأعم على الأخص يجوز كما فعله صاحب الدرر، دون عكسه، كما فعله القدورى؛ لأن الأمانة تشمل ما إذا كان من غير قصد، كما إذا هبَّت الريح فى ثوب إنسان فألقته فى حجر غيره. وما يقال من أن الوديعة قد تكون من غير صنع المودع على ما صَرَّح به صاحب الهداية فى آخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار، فدفعه بحمل الوديعة ثمة على معناها اللغوى لا الاصطلاحى، ومثل هذا كثير لا يخفى على من تدرّب.

قال فى الدر المختار: والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الوديعة خاصة بما ذكرنا، والأمانة عامة تشمل ما لو وقع فى يده شىء من غير قصد، بأن هبت الريح بثوب إنسان وألقته فى حجر غيره، وحكمها مختلف فى بعض الصور؛ لأن فى الوديعة يبرأ من الضمان بعد الخلاف إذا عاد إلى الوفاق، وفى الأمانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف.

الثانى: أن الأمانة عَلَم لما هو غير مضمون فتشمل جميع الصور التى لا ضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصى بخدمته فى يد الموصى له بها، والوديعة مما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول؛ فكانا متغايرين.

ثالثًا - الوديعة عند المالكية:

يعرف المالكية الوديعة بتعريفين:

الأول: بالمعنى المصدرى، وهو الإيداع، وهو على وجهين:

أحدهما: أنها عبارة عن توكيل على مجرد حفظ المال.

شرح التعريف وإخراج محترزاته:

قولهم: «مجرد حفظ» خرج به ما ليس مقصورًا على مجرد الحفظ، كالوكالة فى أمر من الأمور.

قولهم: «المال» خرج به ما ليس بمال، كإيداع الولد والزوجة عند الغير؛ فإنه لا يسمى وديعة.

ثانيهما: أنها عبارة عن نقل مجرد حفظ المملوك الذى يصح نقله إلى الوديع[١].

ومعنى ذلك أن الشىء المملوك الذى يصح نقله - كالذهب والفضة وغيرها - يكون حفظه على صاحبه.

قولهم: «يصح نقله» خرج به العقار الثابت، كالدور، والأراضى؛ فإن حفظها عند الغير لا يسمى إيداعًا.

الثانى: وهو التعريف بالمعنى الاسمى؛ فقالوا هى: مال وكل على مجرد حفظه، ويؤخذ هذا التعريف من التعريف المصدرى؛ لأنه إذا كان الإيداع توكيلًا على مجرد نظير المال، علم منه أن الوديعة مال وكل على حفظه، أى على مجرد حفظه.

رابعًا - الوديعة عند الحنابلة:

الوديعة عند الحنابلة بمعنى الإيداع هى: توكيل فى الحفظ تبرعًا[٢].

شرح التعريف وإخراج محترزاته:

قولهم: «توكيل»، أى: رب المال، أو صاحب الشىء المودع.

قولهم: «فى الحفظ»، أى: أن المراد من العقد هو: الحفظ، ومحل العقد هو الشىء المحفوظ، سواء أكان ماديًّا أو معنويًّا.

قولهم: «تبرعًا»، التبرع هو: القيام بفعل الشىء بدون معاوضة، والقائم به هنا هو المودع عنده، وهو قيد خرج به الحفظ بمقابل كالأجير على حفظ المال.

وأما الوديعة بمعنى الاستيداع فهى: توكيلٌ فى حفظ مال غيره تبرعًا بغير تصرف.

شرح التعريف:

قولهم: «بغير تصرف» أى: فى الشىء المودع.

---

(١) ينظر: مواهب الجليل (٥/ ٢٥٠)، الشرح الصغير (٣/ ٥٤٩)، حاشية الدسوقى (٣/ ٤١٩).

(٢) ينظر كشاف القناع (٤/ ١٤١)، حاشية الروض المربع (٥/ ٤٥٦)، المبدع شرح المقنع (٥/ ٢٣٣).

وأما الوديعة عند الحنابلة بالمعنى الاسمى: فهى عبارة عن «اسم للمال، أو المختص المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض».

شرح التعريف، وإخراج محترزاته:

قولهم: «المال أو المختص» قيد خرج به الكلب الذى لا يقتنى، والخمر ونحوها مما لا يحترم.

قولهم: «المدفوع» ما ألقته الريح إلى دارٍ من نحو ثوبٍ، وما أخذه بالتعدى.

قولهم: «الحفظ» أخرج العارية، وغير ذلك مما كان الحفظ فيها تابعًا للعقد، وليس مقصودًا.

قولهم: «عدم العوض» أخرج الأجير على حفظ المال.

قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢][1] الْبِرُّ: اسمٌ جامع للخير كله. والتقوى: فَعْلى من «اتقيت»، والتاء مبدلة من الواو، وأصلها: وقوى، واتقى، أصله: اوْتَقَى على افْتَعَلَ، فأُبْدِلَت الواو تاء وهو من الوقاية. أى: ما يقى الإنسان من الأذى فى الدنيا وفى الآخرة من العذاب.

قوله: «والله فى عون العبد» العون: الظهير على الأمر، والجمع أعوان.

قوله: «تَعَيَّن عليه قبولها» أى: لزمه بنفسه، وعين الشىء نفسه، يقال: هو هو بعينه، ولا آخذ إلا درهمى بعينه إذا لم يُرِد التوكيد، فإن أراد التوكيد حذف الباء.

قوله: «حرمة مال المؤمن كَحُرْمة دمه» الحُرْمَةُ: هو ما يحرم عليه منه، ولا يحل له انتهاكه، كما يحرم قتله وإراقة دمه.

قوله: «ويعرضها للهلاك» أى ينصبها له ويظهرها لمن يأخذها، وقوله تعالى: ﴿وَعَرَضْنَا جَهَنَّمَ يَوْمَئِذٍ لِّلْكَٰفِرِينَ عَرْضًا﴾ [الكهف: ١٠٠]، أى: أبرزناها وجعلناها بمكان يرونها.

قوله: «مَكَّنَهُ»[2] مكنه من الشىء وأمكنه، أى: سلطه عليه، فهو قادر عليه لا يمنعه منه مانع.

الأحكام: الوديعةُ: نوعُ إرفاق للحاجة الداعية إليها، وهى مشتقة من السكون

---

(١) ينظر النظم (٢/ ١٢، ١٣).
(٢) ينظر النظم (٢/ ١٢ - ١٣).

والاستقرار والدَّعة، والأصلُ فيها: قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، وقولُهُ ﷺ: «أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ».

فصل: ويستحب لمن قدر على حفظ الوديعةِ، وأداء الأمانة: أن يقبلها إذا عرضَت عليه؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، ولما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال «مَنْ كَشَفَ عَنْ مُسْلم كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا كَشَفَ اللهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوم القِيَامَةِ، وَ اللهُ - تَعَالَى - فِي عَونِ العَبدِ مَا دَام المُؤْمِنُ فِي عَوْنِ أخِيهِ».

فإنْ لم يكنْ هناك مَنْ يصلحُ للإيداع غيره، وخاف إنْ لم يقبلْ أنْ تهلك - تعيَّن عليه قبولها؛ لأنَّ حرمة المال كحرمة النَّفْس.

والدليلُ عليه: ما روى عبد الله بن مسعود. رضى الله عنه. أنَّ النبى. ﷺ. قال: «حُرْمَةُ مَالِ المُؤْمِنِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ».

وإذا خاف على دمه، وجَبَ عليه حفظه؛ فكذلك إذا خاف على ماله.

وإنْ كان عاجزًا عن حفظها، أو لا يأمن أن يخون فيها - لم يجز له قبولها؛ لأنه يغرِّر بها، ويعرضها للهلاك؛ فلم يجز له أخذها.

فصل: ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرُّف فى المال، وهو البالغُ العاقلُ الذى لا حجْر عليه، فإن أودعَهُ صبى أو سفيهٌ، لم يجزْ له أن يقبَلَ منه؛ لأنهُ تصرف فى المال، فلم يصحَّ من الصبى والمجنون والسفيه؛ كالبيع.

وقوله «تصرف فى المال» - احتراز من العبادات؛ فإنها تصحُّ من الصبىّ والسفيه، واحتراز من طلاق السفيه وخلعه؛ فإنه يصحُّ.

فإن أخذها من غير البالغ الرشيد، ضمنها بالأخذ؛ لأنه أخذ ماله منْ غير إذن من له الإذن فضمنه بالأخذ؛ كما لو غصبه منه، ولا يبرأ من الضمان إلا بالتسليم إلى الناظر فى ماله؛ كما نقول فيما غصبه مِنْ ماله.

فإن خاف المودع: أنه إن لم يأخذْ منه المال، استهلكه؛ فأخذه - ففيه وجهان؛ بناء على القولَيْن فى المحرم إذا خلص طائرًا: من حمام ونحوه، من جارحة: كالصقر ونحوه، وأمسكه ليحفظه -:

أحدهما: أنه لا يضمن؛ لأنه قصد حفظه.

والثانى: يضمن؛ لأنه ثبتت يده عليه مِنْ غير ائتمان.

فصل: ولا يصحُّ الإيداع إلا عند من هو جائز التصرُّف: فإنْ أودع صبيًّا أو مجنونًا أو سفيهًا، لم يصحَّ الإيداع؛ لأنَّ القصد من الإيداع الحفظُ، وليس أحد مِنْ هؤلاء مِنْ أَهل الحفظ.

فإنْ أودع واحدًا منهم، فتلف المال عنده - لم يضمنه، حفظه أو ترك حفظه؛ لأنه لا يلزمه حفظه، فلا يضمنه بالتلف؛ كما لو ترك عند بالغ مالًا مِنْ غير إيداع فتلف.

فصل: فإنْ أودعه، فأتلفه بنفسه - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يلزمه ضمانه.

والثاني: لا يلزمه ضمانه، وبه قال أبو حنيفة.

والمشهور هو الأوَّل، ودليله: هو أنه لم يسلِّطه على إتلافِهِ؛ فضمنه بالإتلاف، كما لو أدخله داره، فأتلف ماله.

وفى قوله: «لم يسلطه على إتلافه» احتراز من البيع؛ فإنه فى البيع قد سلَّطه على إتلافه، فلم يضمنه، ولأنَّ من ضمن المال بالإتلاف قبل الإيداع، ضمنه بالإتلاف بعد الإيداع؛ كالبالغ، ولأن ما ضمنه بالإتلاف قبل الإيداع، ضمنه بالإتلاف بعد الإيداع؛ كالعبد؛ فإن أبا حنيفة[1] قال: إذا أودعه غلامًا، فقتله، وجبت قيمته على عاقلته.

قالوا: مكَّنه من إتلافه، فلم يضمنه؛ كما لو باع منه شيئًا، وسلَّمه إليه، فأتلفه.

قلنا: هناك سلَّطه على إتلافه، وهاهنا بخلافه.

قالوا: عادة الصبىّ الإتلاف، فإذا أودعه فقد رضى بإتلافه؛ فأشبه إذا قدم الشعير إلى الدوابِّ، أو اللحم إلى النسور.

قلنا ما رضى بإتلافه؛ بل أمره بحفظه غير أنه أساء فى الاِستحفاظ؛ فهو كما لو أودع المال خائنًا، أو الخبز جائعًا، ثم هذا يبطلُ به إذا ألقى ماله فى الطريق، فأتلفه إنسان.

---

(١) قال فى درر الحكام (٢/ ١٢٠): إذا أودع مولى العبد عبده صبيا فقتله ضمن عاقلة الصبى قيمته (وإن أتلف مالا بإيداع لا يضمن) عند أبى حنيفة ومحمد ويضمن عند أبى يوسف والشافعى؛ لأنه أتلف مالا معصوما، ولهما: أن غير العبد معصوم لحق السيد وقد فوته لدفعه إلى يد الصبى، وأما العبد فعصمته لحقه لبقائه على أصل الحرية فى حق الدم .

قالوا: ضمان يختصُّ بالأموال، فلم يجب على الصبى؛ كالتلف بالتفريطِ فى الحفظِ.

قلنا: إنَّما لم يضمن بالتفريط فى الحفظ؛ لأنه لا يلزمه قبولُهُ، فهو كالبالغ إذا قال له صاحب المال: أودعتُكَ هذا المال، ولم يقبل الإيداع، لم يضمنه بترك الحفظ، ثم يضمنه بالإتلاف.

فصل: وإن أودع عبدًا مالًا، فأتلفه. ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يضمنه فى ذمته، يُتْبَعُ به إذا أعتق وأيسر؛ كما لو أقرضه إيَّاه.

والثانى: أنَّه يتعلَّق ضمانه برقبته؛ كما لو أتلفه ابتداءً مِنْ غير إيداع.

فصل: وإن أكره ربُّ المالِ رجلًا على قبول الوديعة، فقبلها مكرهًا. لم تكنْ مضمونةً عليه؛ لأنها لا تكون مضمونة عليه إذا أخذها باختياره؛ فألَّا تكون مضمونة عليه إذا أَخَذَها بإجباره أولى. فإنْ تلفَت بغير فعله، فلا ضمان عليه، وإن أتلفها لزمه ضمانها؛ لأنَّ الإكراه على الأخذ لا يجوزُ له التصرُّف فيها؛ فإذا أتلفها، لزمه ضمانها؛ كما لو أتلفها ابتداءً مِنْ غير إكراه على الإيداع.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الإيجاب بالقول والقبول بالفعل، وتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة؛ من العزل والجنون، والإغماء، والموت؛ كما تنفسخ الوكالة؛ لأنه وكالة فى الحفظ، فكان كالوكالة فى العقد والفسخ.

(فصل) والوديعة أمانة فى يد المودع، فإن تلفت من غير تفريطٍ، لم تضمن؛ لما روى عمرو بن شعيبٍ، عن أبيه، عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «من أودع وديعةً، فلا ضمان عليه» وروى ذلك عن أبى بكرٍ، وعمر، وعلى، وابن مسعودٍ، وجابر - رضى الله عنهم - وهو إجماع فقهاء الأمصار؛ ولأنه يحفظها للمالك، فكانت يده كيده، ولأن حفظ الوديعة معروف وإحسان، فلو ضمنت من غير عدوان؛ زهد الناس فى قبولها، فيؤدى إلى قطع المعروف.

فإن أودعه، وشرط عليه الضمان، لم يصر مضمونًا؛ لأنه أمانة، فلا يصير مضمونًا بالشرط؛ كالمضمون لا يصير أمانةً بالشرط.

وإن ولدت الوديعة ولدًا؛ كان الولد أمانةً؛ لأنه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان

لا بنفسه، ولا بأمه.

وهل يجوز له إمساكه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، بل يجب أن يعلم صاحبه، كما لو ألقت الريح ثوبًا في داره.

والثاني: يجوز؛ لأن إيداع الأم إيداع لما يحدث منها.

(الشرح) أما حديث «من أودع وديعة فلا ضمان عليه» فأخرجه ابن ماجه[1] من طريق المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، مرفوعًا.

قال الحافظ في التلخيص[2] : وفيه المثنى بن الصباح وهو متروك، وتابعه ابن لهيعة، فيما ذكره البيهقي.

قلت: أما متابعة ابن لهيعة فأخرجها ابن حبان في الضعفاء، كما في نصب الراية[3].

والحديث ضعفه - أيضًا - البوصيري في الزوائد فقال: هذا إسناد ضعيف؛ لضعف المثنى، وهو ابن الصباح - والراوي عنه.

قوله: «وروى ذلك عن أبي بكر وعمر . . . .»

أما أثر أبي بكر فأخرجه البيهقي[4] من طريق الحجاج بن أرطأة عن أبي الزبير عن جابر أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قضى في وديعة كانت في جراب، فضاعت في خرق الجراب: أن لا ضمان فيها.

قال الحافظ في التلخيص[5] : إسناده ضعيف.

وأما أثر عمر فقد أخرج عبد الرزاق في المصنف[6] عن قتادة قال: كان عند أنس بن مالك وديعة، فهلكت من بين ماله؛ فضمنه إياها عمر بن الخطاب، فقال معمر: لأن عمر اتهمه، يقول: كيف ذهبت من بين مالك؟

وأخرج ابن أبي شيبة[7] عن أنس بن مالك قال: استُودِعْتُ ستة آلات، فذهبتْ،

---

(١) (٢/ ٨٠٢) كتاب الصدقات، باب الوديعة (٢٤٠١) .

(٢) (٣/ ٩٧) .

(٣) (٤/ ١١٥) .

(٤) (٦/ ٢٨٩) .

(٥) (٣/ ٢١٦) .

(٦) (١٤٧٩٩) .

(٧) (٢١٤٥٤) .

فقال لى عمر: ذهب لك معها شيء؟ قلت: لا، قال: فضمننى.

وأخرج البيهقى[١] من طريق النضر بن أنس عن أنس بن مالك أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه - ضمنه وديعة سرقت من بيت ماله.

وأما أثر على وابن مسعود فأخرجه البيهقى[٢] من طريق جابر الجعفى عن القاسم بن عبد الرحمن أن عليا وابن مسعود - رضى الله عنهما - قالا: ليس على مؤتمن ضمان.

وجابر الجعفى ضعيف: وأخرجه أيضًا عبد الرزاق[٣] من هذا الطريق.

وأما أثر جابر فقال الحافظ فى التلخيص[٤]: وأما جابر فالظاهر أنه لما رواه عن أبى بكر ولم ينكره جعل كأنه قال به.

قوله: «الإغماء»، إغماء مصدرٌ، فعله: أُغْمِىَ عليه. يقال: أغمى عليه إغماء، وأغمى عليه؛ فهو مغمى عليه، بضم الميم وسكون الغين وفتح الميم الثانية. وغمى عليه - بالضم - فهو مغمى عليه، بفتح الميم وسكون الغين وكسر الميم الثانية، على وزن مفعول.

قال ابن دريد: غما البيت يغموه غموًا، ويغميه غميًا: إذا غطاه.

وقيل: إذا غطاه بالطين والخشب.

والغما: سقف البيت، وتثنيته: غموان وغميان، وهو الغماء أيضًا، والكلمة واوية ويائية.

وغمى على المريض - بضم الغين وكسر الميم - وأغمى عليه: غشى عليه ثم أفاق. وفى التهذيب: أغمى على فلان إذا ظن أنه مات ثم يرجع حيًا. ورجل غمى عليه - بالفتح - مغمى عليه، وامرأة غمى كذلك.

وكذلك الاثنان والجمع والمؤنث؛ لأنه مصدر.

وقد ثناه بعضهم وجمعه فقال: رجلان غميان ورجال أغماء.

وفى التهذيب: غميان فى التذكير والتأنيث.

---

(١) (٢٨٩/٦).
(٢) (٢٨٩/٦).
(٣) (١٤٨٠١).
(٤) (٢١٦/٣).

ويقال ترك فلانًا غمى - مقصور مثل قفى - أى تركته مغشيًا عليه ذا غمى؛ لأنه مصدر، يقال غمى عليه غمى، وأغمى عليه إغماء.

قال أبو بكر: يقال رجل غمى - بالفتح والقصر - لمشرف على الموت.

قال فى التهذيب: ويقال رجل غمى ورجلان غميان، إذا أصابه مرض.

قال الفراء: تركتهم غمى لا يتحركون كأنهم قد سكنوا.

قال ابن برى: والغمى أيضًا ما غطى به الغرس ليعرق. ويقال: أغمى يومنا، إذا دام غيمه، وأغميت ليلتنا: غم هلالها. وغمى فهو مغمى - بضم فسكون - ومغمى - بضم ففتح -: إذا حال دون رؤيته غيم أو فترة كما يقال: غم علينا.

وأصل التغمية الستر والتغطية، ومنه أغمى على المريض إذا أغشى عليه كأن المرض ستر عقله وغطاه وهى ليلة الغمى.

قال الراجز:

ليلة غمى طامس هلالها أوغلتها ومكره إيغالها[1]

وفى الحديث: «فَإِنْ غُمِّيَ عَلَيْكُمْ» وفى رواية «فَإِنْ أُغْمِيَ عَلَيْكُمْ»، وفى رواية: «فَإِنْ غُمَّ عَلَيْكُمْ فَأَكْمِلُوا الْعِدَّةَ»، والمعنى واحد[2].

أما فى الاصطلاح فلا يكاد الفقهاء يخرجون فى استعمالهم كلمة إغماء على المعنى اللغوى.

فقد جاء فى تبين الحقائق للحنفية: أن الإغماء ما يصير العقل به مغلوبًا[3].

وجاء فى «بلغة السالك» للمالكية: أن الإغماء مرض يعترى الشخص بسبب شدة هم أو فرح[4].

الأمانة: ضد الخيانة، والأمانة تطلق على: كل ما عهد به إلى الإنسان من التكاليف الشرعية وغيرها كالعبادة والوديعة، ومن الأمانة: الأهل والمال[5].

---

(١) الرجز بلا نسبة فى اللسان (غمم، كره، غما، والمخصص (١٥/ ١٥٧)، ومجمل اللغة (٤/ ٧)، وأساس البلاغة (غمم) .

(٢) ينظر لسان العرب (غمى) .

(٣) ينظر تبيين الحقائق للزيلعى (١/ ١٠) .

(٤) ينظر: بلغة السالك (١/ ٩١) .

(٥) ينظر: لسان العرب، وتاج العروس، والمصباح المنير، والمغرب مادة: (أمن) .

والأمانة تستعمل فى اللغة بمعنيين:

أحدهما: بمعنى الشىء الذى يوجد عند الأمين، وذلك يكون فى:

أولًا: العقد الذى تكون الأمانة فيه هى المقصد الأصلى، وهو الوديعة، وهى العين التى توضع عند شخص ليحفظها، فهى أخص من الأمانة؛ فكل وديعة أمانة ولا عكس(١).

ثانيًا: العقد الذى تكون الأمانة فيه ضمنًا، وليست أصلًا بل تبعًا، كالإجارة والعارية والمضاربة والوكالة والشركة والرهن.

ثالثًا: ما كانت بدون عقد كاللقطة، وكما إذا ألقت الريح فى دار أحد مال جاره، وذلك ما يسمى بالأمانات الشرعية(٢).

الثانى: بمعنى الصفة، وذلك فى:

أولًا: ما يسمى ببيع الأمانة، كالمرابحة والتولية والاسترسال (الاستئمان) وهى العقود التى يحتكم فيها المبتاع إلى ضمير البائع وأمانته(٣).

ثانيًا: فى الولايات سواء كانت عامة كالقاضى، أم خاصة كالوصى وناظر الوقف(٤).

ثالثًا: فيمن يترتب على كلامه حكم كالشاهد(٥).

رابعًا: تستعمل الأمانة فى باب الأيمان كمُقْسَم بها باعتبارها صفة من صفات الله تعالى(٦).

قوله: «ألأمصار»: ومصروا المكان تمصيرًا: جعلوه مصرًا، فتمصر: صار مصرًا. وكان عمر -رضى الله عنه- قد مصر الأمصار، منها البصرة والكوفة، وقال

---

(١) ينظر: القليوبى (٣/ ١٨٠) .

(٢) ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٣٨)، مغنى المحتاج (٣/ ٩٠)، القواعد الفقهية لابن رجب ص (٥٣، ٥٤) .

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٢٥)، المغنى (٣/ ٥٨٤، ٤/ ٢٠٣، ٢٠٨)، الدسوقى (٣/ ١٦٤).

(٤) ينظر: الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٧، ١٤٦، ١٤٨، ١٥٠)، منتهى الإرادات (٢/ ٥٠٤، ٥٧٤)، المغنى (٩/ ٤٠) .

(٥) ينظر المغنى (٩/ ١٦٥) .

(٦) ينظر: منح الجليل (١/ ٦٢٤)، المغنى (٨/ ٧٠٣) .

الجوهري: فلان مصر الأمصار، كما يقال: مدن المدن[١].

الأحكام: تنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة مِنَ الإيجابِ والقبولِ بأَنْ يقول: أودعتك ونحو ذلك، والقبول بأن يقول: قبلت ونحو ذلك، وبالفعل، وهو أن يأخذها منه فإنْ قال: أودعتك هذا، فقام، ولم يقبل ولم يأخذ، أو قام المالك، وترك المال بين يَدَىْ مَنْ قال له قبل أن يقول: قبلت، أو قبل أن يأخذ المال. لم تنعقد الوديعةُ بذلك.

فصل: وتنفسخ الوديعة بما تنفسخ به الوكالة مِنَ العزلِ والجنونِ والإغماءِ والموتِ، كما تنفسخ الوكالة؛ لأنه وكالة فى الحفظ، فكان كالوكالة فى العقد والفسخ.

فصل: فإنْ فسخ الوديعة، انفسَخَتْ إذا علم به المودع، وتبقى فى يده على الأمانة إلى أن يتمكَّن من الرد، فإنْ تلفت قبلِ أن يتمكَّن من ردِّها، لم يجبْ عليه الضمان.

وإنْ أمكنه ردُّها، فلم يردها حتى تلفت، ضمنها.

ومن أصحابنا من قال: لا تنفسخ الوديعة إلا بالردِّ؛ لأن الأمانة باقية ما لم ترد أو يتعدَّ؛ فلا تقف على العلمِ وعَدَم العلْم.

فصل: وإذا جُنَّ صاحبُ الوديعة، أو أغمى عليه، أو مات، أو حجر عليه لسفهٍ - كان على المودَع ردُّ الوديعة إلى الوارث فى الموت، وإلى الناظر فى ماله فى الحياة؛ لأنَّ الإذن يزولُ بكلِّ ذلك. فإنْ أمسكها، ضمن، وهكذا إذا جُنَّ المودع، أو أغمى عليه، أو حجر عليه لسفهٍ، أو مات - كان على الوارث فى الموت، وعلى الناظر فى ماله فى حياته ردُّها إلى المالك. فإنْ أمسكها، ضمن؛ لأن المودع لم يرضَ بائتمان غيره.

فصل: والوديعةُ أمانة فى يد المودع: فإنْ تلفت من غير تفريط فى الحفظ، لم يضمنْ؛ لأنَّ الله - تعالى - سمَّاها أمانة بقوله: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء:٥٨]. والضمان ينافى الأمانة، وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ. قال: «مَنْ أُودعَ وَدِيعَةً، فَلَا ضَمَانَ عَلَيه»، وروى ذلك عن أبى بكر، وعمرِ، وابن مسعود، وجابر، رضى الله عنهم.

---

(١) ينظر: تاج العروس (١٤/ ١٢٥ - ١٢٦).

وهو إجماع فقهاء الأمصار(١).

ولأنّها يحفظها للمالك؛ فكانتْ يده كيده، ولأنَّ حفظ الوديعة معروف وإحسان؛ فلو ضمنتْ من غير عدوانٍ، زَهِدَ الناسُ فى قبولها؛ فيؤدِّى إلى قطع المعروف.

فإنْ قيل: فقد روى أنّه كان عند أنس . رضى الله عنه . وديعة، فذهبت، فرفع إلى عمر - رضى الله عنه - فقال: هل ذهَبَ معها شىء مِنْ مالكَ؟ قال: لا، قال: اغْرَمْها(٢).

---

(١) قال فى الهداية مع العناية (٨/ ٤٨٤): قال (الوديعة أمانة فى يد المودع إذا هلكت لم يضمنها) ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام -: «ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان» ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع، فلو ضمناه يمتنع الناس من قبول الودائع؛ فتتعطل مصالحهم .

وقال فى شرح مختصر خليل المالكى (٦/ ١٠٩): الوديعة أمانة، والأصل فيها عدم الضمان إذا تلفت إلا أن يحصل تفريط فتضمن، فإذا سقط عليها شىء من يد المودع - بفتح الدال - فأتلفها أو سقط شىء بسببه فإنه يضمنها؛ لأن ذلك جناية خطأ، وهى والعمد فى أموال الناس سواء . قال أشهب: لو أتى شخص لصاحب فخار أو زجاج فقال له: قلب ما يعجبك، فأخذ شيئا يقلبه، فسقط من يده فانكسر - فلا ضمان عليه فيه؛ لأنه مأذون له فى ذلك، ولو سقط على شىء فأتلفه فإنه يضمن الأسفل؛ لأنها جناية خطأ وهى كالعمد فى أموال الناس .

وقال ابن قدامة فى المغنى (٦/ ٣٠٠): الوديعة أمانة، فإذا تلفت بغير تفريط من المودع، فليس عليه ضمان، سواء ذهب معها شىء من مال المودع أو لم يذهب . هذا قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن أبى بكر، وعلى، وابن مسعود رضى الله عنهم . وبه قال شريح، والنخعى، ومالك، وأبو الزناد والثورى، والأوزاعى، والشافعى، وأصحاب الرأى . وعن أحمد رواية أخرى: إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها؛ لما روى عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله . قال القاضى: والأولى أصح؛ لأن الله - تعالى - سماها أمانة والضمان ينافى الأمانة . ويروى عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده «أن النبى - ﷺ - قال: ليس على المستودع ضمان» . ويروى عن الصحابة الذين ذكرناهم . ولأن المستودع مؤتمن؛ فلا يضمن ما تلف من غير تعديه وتفريطه، كالذى ذهب مع ماله، ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يرجع عليه؛ فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع، وذلك مضر؛ لما بيناه من الحاجة إليها، وما روى عن عمر محمول على التفريط من أنس فى حفظها؛ فلا ينافى ما ذكرناه . فأما إن تعدى المستودع فيها، أو فرط فى حفظها، فتلفت - ضمن، بغير خلاف نعلمه؛ لأنه متلف لمال غيره، فضمنه، كما لو أتلفه من غير استيداع .

(٢) أخرجه البيهقى (٦/ ٢٩٠) بنحوه

قلنا: هذا لا ينافى ما ذكرناه.

وإنما حمل ذلك على التفريط فى حفظها، سواء كانتْ بجُعْل أو بغير جعل؛ لأنَّه يحفظها للمالك، فكان كالوكالة.

فصل: فإن أودعه، وشرط عليه الضمان، لم تصرْ مضمونةً، وذكر عن عبيد الله بن الحَسَن، أنه تصير مضمونةً، وهذا غلط؛ لأنه أمانة فلا تصيرُ مضمونةً بالشرط، كما أنَّ المضمون لا يصير أمانة بالشَّرط.

فصل: وإن ولَدتِ البهيمةُ أو الجاريةُ المودعة ولدًا، كان الولد أمانةً؛ لأنه لم يوجدْ فيه سبب يوجبُ الضمان، لا بنفسه ولا بأمِّه، وهل يجوزُ له إمساكه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوزُ له إمساكُهُ، بل يجبُ أن يُعْلم به صاحبه؛ كما لو ألقَت الريحُ ثوبًا فى داره.

والثانى: يجوزُ له إمساكه؛ لأن إيداعَ الأمِّ إيداع لما يحدث منها.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ومن قبل الوديعة، نظرت: فإن لم يعين المودع الحرز؛ لزمه حفظها فى حرز مثلها، فإن أخر إحرازها، فتلفت؛ لزمه الضمان؛ لأنه ترك الحفظ من غير عذرٍ، فضمنها، فإن وضعها فى حرز دون حرزِ مثلها - ضمن؛ لأن الإيداع يقتضى الحفظ.

فإذا أطلق، حمل على التعارف، وهو حرز المثل، فإذا تركها فيما دون حرز مثلها، فقد فرط، فلزمه الضمان، وإن وضعها فى حرزٍ فوق حرز مثلها، لم يضمن؛ لأن من رضى بحرز المثل؛ رضى بما فوقه، فإن قال: لا تقفل عليه، فأقفل عليه، أو قال: لا تقفل عليه قفلين، فأقفل قفلين، أو قال: لا ترقد عليه، فرقد عليه؛ فالمذهب: أنه لا يضمن؛ لأنه زاده فى الحرز.

ومن أصحابنا من قال: يضمن؛ لأنه نبه اللص عليه، وأغراه به.

(فصل) وإن عين له الحرز، فقال: احفظها فى هذا البيت، فنقلها إلى ما دونه ضمن؛ لأن من رضى حرزًا، لم يرض بما دونه، وإن نقلها إلى مثله أو إلى ما هو أحرز منه، لم يضمن؛ لأن من رضى حرزًا، رضى مثله، وما هو أحرز منه.

وإن قال له: احفظها فى هذا البيت ولا تنقلها، فنقلها إلى ما هو دونه، ضمن؛

لأنه لم يرض بما دونه، وإن نقلها إلى مثلها، أو إلى ما هو أحرز منه، ففيه وجهان:

قال أبو سعيدٍ الإصطخرى: لا يضمن؛ لأنه جعله فى مثله، فأشبه إذا لم ينهه عن النقل.

وقال أبو إسحاق: يضمن؛ لأنه نهاه عن النقل، فضمنه بالنقل.

فإن خاف عليه فى الحرز المعين من نهب، أو حريقٍ، نظرت: فإن كان النهى مطلقًا، لزمه النقل، ولا يضمن؛ لأن النهى عن النقل للاحتياط فى حفظها، والاحتياط فى هذا الحال أن تنقل، فلزمه النقل، فإن لم ينقلها حتى تلفت - ضمنها؛ لأنه فرط فى الترك.

وإن قال له: لا تنقل، وإن خفت عليها الهلاك، فنقلها؛ لم يضمن؛ لأنه زاده خيرًا، وإن تركها حتى تلفت، ففيه وجهان:

قال أبو العباس، وأبو إسحاق: لا يضمن؛ لأن نهيه مع خوف الهلاك أبرأ من الضمان.

وقال أبو سعيدٍ الإصطخرى: يضمن؛ لأن نهيه عن النقل مع خوف الهلاك لا حكم له؛ لأنه خلاف الشرع، فيصير كما لو لم ينهه، والأول أظهر؛ لأن الضمان يجب لحقه، فسقط بقوله، وإن خالف الشرع؛ كما لو قال لغيره: اقطع يدى، أو أتلف مالى.

(الشرح) قوله: «الْحِرْزَ»[1] ، هو من أحرز الشىء: إذا احتاط فى حفظه، وهو: الموضع الحصين. يقال: هذا حرز حريز. ويسمى التعويذ حرزًا؛ لأنه يحرز صاحبه، أى: يحفظه ويحصنه مما يحذر.

قوله: «لا ترقد عليه» هو بضم القاف، قال أهل اللغة: رقد يرقد رقدًا ورقودًا ورُقادًا؛ إذا نام؛ فهو راقد وهم رقود وهى راقدة، والرقدة: النومة، وأرقده: أنامه، والمرقد: المضجع، والمُرْقِد: دواء معروف يرقد من شربه[2] .

قوله: «اللص»: واللص: السارق، معروف، ويثلث، عن ابن دريد، وزاد: لصتا، أبدلوا من صاده تاء وغيروا بناء الكلمة لما حدث فيها من البدل: وقال

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ١٤) .

(٢) ينظر: تحرير التنبيه ص (٢٣١) .

اللحيانى: هى لغة طىء وبعض الأنصار، وقد قيل فيه: لصت، فكسروا اللام فيه مع البدل، وفى التهذيب والصحاح: اللص، بالضم، لغة فى اللص، وأما سيبويه فلا يعرف إلا لصا، بالكسر (ج لصوص)، أى جمع لص، بالكسر، كما هو نص سيبويه وزاد: لصاصا وفى التهذيب: وألصاص قال: وليس له بناء من أبنية أدنى العدد[1].

الأحكام: مَنْ قَبِلَ الوديعَة - نظرتَ:

فإن لم يعيِّن له المودع الحِرز، لزمه حفظها فى حِرْز مثلها، سواء أحرزها فى بيته، أو حانوته، أو شدَّها على وسطه.

فإنْ أخر إحرازها فى شىء من ذلك، فتلفَتْ - لزمه الضمان؛ لأنه ترك الحفظ مِنْ غير عذر، فضمنها.

فإن وضعها فى حرز دونِ حرْزِ مثلها، ضمن؛ لأنَّ الإيداع يقتضى الحفْظَ.

فإذا أطلق حمل على المتعارف، وهو حرز المثْل، فإذا تركها فيما دون حِرْز مثلها فقد فرط؛ فلزمه الضمان. فإن وضعها فى حرز فوق حرز مثلها، لم يضمن؛ لأنَّ من رضى مِنْ جهة العرف بحرز المثل، رضى بما فوقه.

فإنْ أحرزها فى بيته، ثم نقلها إلى حانوتِهِ، أو أحرزها فى حانوته، ثم نقلها إلى بيته، أو شدَّها على وسطه، ثم تركها فى بيته، أو حانوته، وكان ذلك حرزًا لمثلها، فلا ضمان عليه، وإن كان ما نقلها منه أَحْرَزَ ممَّا نقلها إليه؛ لأنَّ ما نقلها إليه حرز مثلها؛ لأنَّ كلَّ ذلك حرز لمثلها فى العُرْف؛ فصار كما لو جعلها فيه ابتداءً.

فصل: وإنْ جعل الوديعة فى صندوق، فقال صاحبُ المال للمودع: لا تُقْفِل عليه، فأَقفَلَ عليه، أو قال: لا تقفل عليه قُفْلين، فأقفل عليه قُفْلين، أو قال: لا ترقد عليه، فرقد عليه، أو قال: لا تستر الصندوق بشىء، فستره بقطع ونحوه، أو قال له: ادفنها هاهنا، ولا تَبْن عليها، فدفنها وبنى عليها - فالمذهبُ: أنه لا يضمنُ؛ لأنه زاده فى الحرز والحفظ.

ومن أصحابنا من قال: يضمن، وحكى عن مالك[2] مثله؛ لأنه نبه اللصَّ عليه،

---

(١) ينظر: تاج العروس (١٨/ ١٤٧).

(٢) قال فى حاشية الدسوقى (٣/ ٤٢٢): ولا يضمن غير المأخوذ رد إليه ما أخذه أم لا، (أو بقفل) أى يضمن بسبب قفل (بنهى) أى مع نهيه عنه فسرقت بأن قال له: ضعها فى صندوقك مثلا ولا تقفل عليها، لا إن تلفت بسماوى، أو حرق بلا تفريط؛ لأنها لم تتلف بالوجه الذى =

وأغراه به. وهذا يبطلُ به إذا قال له: اتركها فى صَحْن الدار، فتركها فى البيت؛ فإنه لا يضمن. وهكذا لو قال له: احمل هذا إلى مكان كذا، ولا تنم على الأحمال، فنام عليها. لم يضمنْ على المذهب؛ لأنه قد زاده فى الحرز.

ولأنه لو قال لكلِّ لصٍّ فى الدنيا: عندى وديعة، فسرقت. لم يجبْ عليه ضمانها؛ فكان هاهنا أَوْلَى ألَّا يضمن؛ لأنه دون التصريح بها.

فصل: وإنْ عين له الحرز، فقال: احفظها فى هذا البيت، ولم ينهه عن غيره، فنقلها إلى ما دونه فى الحِرْز من غير عذر. ضمن، سواء كان حرزًا لمثلها أو لم يكن؛ لأنَّ من رضى حرزًا، لم يرضَ بما دونه.

وإن نقلها إلى مثله فى الحرز، أو إلى ما هو أحرَزُ منه، لم يضمنْ؛ لأن من رضى حرزًا رضى مثْلَهُ، وما هو أحرز من مثله. وتعيينه البيت إنما أفاد تقدير الحِرْز به لا عينه؛ كما تقول فيمن استأجر أرضًا لزراعة الحنطة: إن له أن يزرعَ ما ضَرَره ضرَرُ الحنطة؛ حيث كان الغرضُ بتعيينها تقدير المنفعة لا عَيْنها.

فصل: وإن قال له: احفظها فى هذا البيت، ولا تنقلها، فنقلها إلى ما دونه فى الحرز. ضمن؛ لأنه لم يرضَ بما دونه.

وإن نقلها إلى مثله أو إلى ما هو أحرز منه. ففيه وجهان:

قال أبو سعيد الإصطخرى: لا يضمنُ؛ لأنه حفظه فى مثله، فأشبه إذا لم ينهه عن النقل.

وقال أبو إسحاق المروزى: يضمن؛ لأنه نهاه عن النقل.

وقال أبو حنيفة[1]: إن نقلها إلى مثله فى الدار، لم يضمنْ، وإن نقلها إلى دار

= قصد الخوف منه.

قوله: (ولا تقفل عليها) أى فخالف ووضعها فيه وقفله عليها، فسرقت؛ فيضمن لطمع السارق فى الصندوق بسبب قفله، ولا يضمن غير السرقة كالحرق والسماوى عند ابن القاسم؛ لقوله لا يضمن إلا إذا تلفت بالوجه الذى قصد الاحتراز من أجله، فإن تلفت بغير السرقة لم يضمن. ومفهوم قوله: «بنهى» أنه لو قفل عليها حيث لم ينهه فلا ضمان، وأنه لو ترك القفل عليها مع عدم النهى وعدم الأمر فلا ضمان، وذكر ابن رشد فى مذهبه أنه لو جعلها فى بيته من غير قفل وله أهل علم خيانتهم: أنه يضمن؛ لمخالفته العرف، وظاهره: ولو علم ربها بخيانتهم؛ لأنه يجب على المودع حفظها ولو شرط ربها خلافه؛ لأنه شرط مناقض لحقيقتها.

(١) قال فى تبيين الحقائق (٥/ ٨١): قال رحمه الله -: (ولو قال له: لا تدفع إلى عيالك، أو =

أخرى، ضمن.

دليلنا: هو أنه أخرجَ الوديعة عن الحرزِ الذى نهاه عن الإخراجِ منه من غير ضرورةٍ؛ فأشبه إذا نقلها إلى دارٍ أخرى.

قالوا: البيتان فى الدار حرز واحد؛ بدليل أن السارق إذا نقل المسروق مِنْ أحدهما إلى الآخر، لم يقطعْ.

قلنا: السارق لو نقل من البيتِ إلى الدِّهْليز، والبابُ مفتوح - لم يقطعْ. ولو فعل المودع ذلك، ضمن؛ فافترقا.

فصل: فإن خاف عليها فى الحرز المعيَّن من نهبٍ أو حريقٍ أو لصوصٍ. نظرْتَ: فإن كان النهى مطلقًا، لزمه النقل، ولا يضمن؛ لأنَّ النهى عن النقل للاحتياط فى حفظها، والاحتياطُ فى هذه الحال أن ينقلها؛ فلزمه النقل. فإنْ لم ينقلها حتى

= احفظ فى هذا البيت، فدفعها إلى من لا بد له منه، أو حفظه فى بيت آخر من الدار - لم يضمن) أى المودع قال ذلك للمودع فخالفه فى ذلك لا يضمن؛ لأنه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن مفيدا فيلغو، وهذا إذا كانت الوديعة مما يحفظ فى يد من منعه المودع من الدفع إليه، مثل: أن تكون الوديعة فرسا فيمنعه من التسليم إلى غلامه، أو تكون عقد جوهر فيمنعه من التسليم إلى امرأته، أو كانت بيوت الدار متساوية، أما إذا كانت الوديعة مما لا يحفظ فى يد من نهاه عن الدفع إليه، كما إذا كانت الوديعة فرسا فنهاه عن الدفع إلى امرأته، أو كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم إلى امرأته، أو كانت بيوت الدار مختلفة بأن كان فى بعضها عور ظاهر - فيضمن بالمخالفة؛ لأن التقييد مفيد فى مثله.

قال - رحمه الله - (وإن كان له منه بد أو حفظها فى دار أخرى، ضمن) أى إن كان له بد من دفع الوديعة إلى من نهاه عن دفعها إليه، بأن نهاه أن يدفعها إلى امرأته فلانة وله امرأة أخرى، أو نهاه أن يسلمها إلى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه، أو قال له احفظها فى هذا البيت، أو فى هذه الدار، فحفظها فى دار أخرى - ضمن؛ لأن الناس يختلفون فى الأمانة والكياسة ومعرفة طرق الصيانة والاحتراز مما يوجب شيئا فى الدين؛ إذ هى الحاملة على الحفظ كما ينبغى، وكذا الدور تختلف فى الحرز؛ فكان هذا الشرط مفيدا فيعتبر إذا كان لا يحرج بالوفاء بالشرط، وذلك عند وجود من ذكرنا، وإلا فلا.

وقال فى مطالب أولى النهى (٤/ ١٥٢): (و) إن قال رب الوديعة: (احفظها فى هذا البيت ولا تدخله أحدا، فخالف) بأن جعلها فى البيت، وأدخل إليه قوما، (فتلفت) الوديعة (بنحو حرق) كنهب (وسرقة - ولو من غير داخل) إليه - (ضمن)؛ لأن الداخل ربما شاهد الوديعة فى دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول إليها، فسرقها، أو دل غيره عليها، وقد خالف مالكها بإدخاله؛ فأشبه ما لو نهاه عن إخراجها، فأخرجها لغير حاجة، اختاره ابن عقيل والموفق، ومال إليه الشارح، وجزم به فى المنتهى؛ (لمخالفته).

تَلِفَتْ، ضمنها؛ لأنه فرَّط فى الترك.

فصل: وإن قال له: لَا تَنْقُلها وإن خِفْتَ عليها الهلاك، فنقلها عند الخوف من ذلك لَمْ يضمن؛ لأنه زاده خيرًا.

و إن تركها حتى تلفَتْ ففيه وجهان[1] :

---

(١) قال فى المغنى لابن قدامة (٦/٣٠٣): (ولو أمره أن يجعلها فى منزل، فأخرجها عن المنزل، لغشيان نار، أو سيل، أو شيء الغالب منه البوار - فلا ضمان عليه) وجملة ذلك: أن رب الوديعة إذا أمر المستودع بحفظها فى مكان عينه، فحفظها فيه، ولم يخش عليها - فلا ضمان عليه بغير خلاف؛ لأنه ممتثل لأمره، غير مفرط فى ماله . وإن خاف عليها سيلا وتَوًى - يعنى هلاكا - فأخرجها منه إلى حرزها، فتلفت - فلا ضمان عليه بغير خلاف أيضا؛ لأن نقلها فى هذه الحال تعين حفظا لها، وهو مأمور بحفظها . وإن تركها مع الخوف فتلفت، ضمنها سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره؛ لأنه فرط فى حفظها؛ لأن حفظها نقلها، وتركها تضييع لها . وإن لم يخف عليها فنقلها عن الحرز إلى دونه، ضمنها؛ لأنه خالفه فى الحفظ المأمور به . وإن نقلها إلى دونه عند الخوف عليها، نظرنا: فإن أمكنه إحرازها بمثله، أو أعلى منه، ضمنها أيضا؛ لتفريطه، وإن لم يمكنه إحرازها إلا بما دونه، لم يضمنها؛ لأن إحرازها بذلك أحفظ لها من تركه، وليس فى وسعه سواه . وإن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير عذر، فقال القاضى: لا يضمنها . وهو مذهب الشافعى؛ لأن تقييده بهذا الحرز يقتضى ما هو مثله، كمن اكترى أرضا لزرع حنطة، فله زرعها وزرع مثلها فى الضرر . ويحتمل كلام الخرقى لزوم الضمان؛ لأن الأمر بشيء يقتضى تعيينه، فلا يعدل عنه إلا بدليل . وإن نقلها إلى أحرز منه كان حكمه حكم ما لو أخرجها إلى مثله . فإن نهاه عن إخراجها من ذلك المكان، فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه ولم ينهه عن إخراجها منه، إلا فى أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلفت؛ ففيه وجهان؛ أحدهما: يضمن؛ لما ذكرنا فى التى قبلها . والثانى: لا يضمن؛ لأنه ممتثل لقول صاحبها . وفى أنه إذا أخرجها لغير عذر ضمنها، سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه؛ لأنه خالف صاحبها لغير فائدة . وهذا ظاهر كلام الشافعى . وقال أبو حنيفة: إن نهاه عن نقلها من بيت، فنقلها إلى بيت آخر من الدار - لم يضمن؛ لأن البيتين من دار واحدة حرز واحد، وطريق أحدهما طريق الآخر؛ فأشبه ما لو نقلها من زاوية إلى زاوية . وإن نقلها من دار إلى دار أخرى، ضمن . ولنا: أنه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه: فيضمن، كما لو نقلها من دار إلى دار . وليس ما فرق به صحيحا؛ لأن بيوت الدار تختلف، فمنها ما هو أقرب إلى الطريق، أو إلى موضع الوقود، أو إلى الانهدام، أو أسهل فتحا، أو بابه أسهل كسرا، أو أضعف حائطا، أوأسهل نقبا، أو لكون المالك يسكن به، أو يسكن فى غيره، وأشباه هذا مما يؤثر فى الحفظ أو فى عدمه؛ فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة . وإن خاف عليها فى موضعها، فعليه نقلها . فإن تركها فتلفت ضمنها؛ لأن نهى صاحبها عن إخراجها إنما كان لحفظها، وحفظها هاهنا فى إخراجها؛ فأشبه ما لو لم ينهه عن إخراجها . فإن قال: لا تخرجها وإن خفت عليها . فأخرجها من غير خوف - ضمنها، وإن أخرجها عند خوفه عليها، أو تركها فتلفت - لم يضمنها؛ لأن نهيه مع خوف الهلاك نص فيه، وتصريح به، =

قال أبو العباس بن سريج، وأبو إسحاق المروزى: لا يضمن؛ لأن نهيه مع خوف الهلاك أبرأ من الضمان.

وقال أبو سعيد الإصطخرى: يضمن؛ لأن النهى عن الفعل مع خوف الهلاك لَا حُكْمَ له؛ لأنه خلافُ الشرع، فيصير كما لو لم ينهه عن النقل.

والأول أظهر؛ لأن الضمان يجبُ لحقِّه، فسقط بقوله، وإن خالف الشرع؛ كما لو قال لغيره اقطَعْ يدى، أو: أتلف عبدى، ففعل. لم يلزْمهُ الضمان، وإن كان قد خالف الشرع، وأثم.

فإن كان فى إخراجها خوف أو ضرر، كالخوف فى تركها، فأخرجها، فتلفت - قال فى «الإيضاح»: يلزمه ضمانها؛ لأن نقلها. والحال هذه - غيرُ مقيَّد، وقد تلِفَتْ بفعله؛ فلزمه الضمان.

فصل: وإن قال له: احفْظَها فى هذا البيت، والبيتُ لصاحب الوديعة، أو فى إجارته، فنقلها إلى موضعٍ آخر مِنْ غير ضرورةٍ. ضمن، سواء نهاه عن النقل أو لم ينهه؛ لأنّه ليس بمودع، وإنما هو وكيل فى الحفظِ؛ فلا يجوزُ له إخراجُهَا من ملكِ المالكِ، والمستأجر معه؛ لأنه يخرجها بذلك عن يده، فلزمه ضمانها.

فإن دعَتْ إلى النقل ضرورة من نهبٍ أو حريقٍ، فنقلها. لم يضمنْهَا؛ لما ذكرناه فى المسألة قَبْلها.

وإن قال له: احفَظِ الوديعة فى هذه الدار، ولا تدخل إليها أحدًا، فأدخل قومًا الدار، ثمَّ سرقت الوديعة: فإن كان سرقها الذين أدخَلَهم الدار، ضمنها. وإن سرقها غيرهم، قال فى «الإيضاح»: فلا ضمان عليه.

فصل: إن قال له: أحرزها فى هذه الخريطة، فنقلها إلى خريطة أخرى - نظرت:

فإن كانت الخريطةُ لصاحبِ الوديعة، ضمنها بنَقْلها عنها؛ لأنه نقلها من ملك صاحبها إلى غيره؛ فأشبه إذا أخرجها من صندوقهِ.

وإن كانت الخريطة للمودَع، فنقلها إلى خريطة أخرى: فإن كانت الخريطة

= فيكون مأذونا فى تركها فى تلك الحال، فلم يضمنها؛ لامتثاله أمر صاحبها، كما لو قال له: أتلفها، فأتلفها . ولا يضمن إذا أخرجها؛ لأنه زيادة خير وحفظ، فلم يضمن به، كما لو قال له: أتلفها . فلم يتلفها حتى تلفت .

الأخرى مِثْلَ الأولى فى القوَّة والحرز، أو أقوَى منها وأحرز. لم يضمنْ. وإن كانت دون الأولى فى الحرز، ضمن؛ لما ذكرناه فى البيت.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فى حد تفريط المودع: فإن أودعه شيئًا، فربطه فى كمه، لم يضمن، فإن تركه فى كمه، ولم يربطه، نظرت: فإن كان خفيفًا إذا سقط لم يعلم به، ضمنه؛ لأنه مفرط فى حفظه، وإن كان ثقيلًا إذا سقط علم به، لم يضمن؛ لأنه غير مفرطٍ.

وإن تركه فى جيبه، فإن كان مزررًا، أو كان الفتح ضيقًا، لم يضمن؛ لأنه لا تناله اليد، وإن كان واسعًا غير مزررٍ، ضمن؛ لأن اليد تناله، وإن أودعه شيئًا، فقال: اربطه فى كمك، فأمسكه فى يده فتلف، فقد روى المزنى: أنه لا يضمن، وروى الربيع «فى الأم»: أنه يضمن.

فمن أصحابنا من قال: هو على قولين:

أحدهما: لا يضمن؛ لأن اليد أحرز من الكم؛ لأنه قد يسرق من الكم، ولا يسرق من اليد.

والثانى: أنه يضمن؛ لأن الكم أحرز من اليد؛ لأن اليد حرز مع الذكر، دون النسيان، والكم حرز مع النسيان، والذكر.

ومن أصحابنا من قال: إن ربطها فى كمه، وأمسكها بيده، لم يضمن؛ لأن اليد مع الكم أحرز من الكم، وإن تركها فى يده، ولم يربطها فى كمه، ضمن؛ لأن الكم أحرز من اليد، وحمل الروايتين على هذين الحالين.

وإن أمره أن يحرزها فى جيبه، فأحرزها فى كمه، ضمن؛ لأن الجيب أحرز من الكم؛ لأن الكم قد يرسله فيقع منه، ولا يقع من الجيب.

وإن قال: احفظها فى البيت، فشدها فى ثوبه، وخرج، ضمنها؛ لأن البيت أحرز، فإن شدها فى عضده، فإن كان الشد مما يلى أضلاعه، لم يضمن؛ لأنه أحرز من البيت، وإن كان من الجانب الآخر، ضمن؛ لأن البيت أحرز منه.

وإن دفعها إليه فى السوق، وقال: احفظها فى البيت، فقام فى الحال، ومضى إلى البيت، فأحرزها، لم يضمن، وإن قعد فى السوق، وتوانى، ضمنها؛ لأنه حفظها فيما دون البيت.

وإن أودعه خاتمًا، وقال: احفظه فى البنصر، فجعله فى الخنصر، ضمن؛ لأن

الخنصر دون البنصر فى الحرز؛ لأن الخاتم فى الخنصر أوسع، فهى إلى الوقوع أسرع.

وإن قال: اجعله فى الخنصر، فجعله فى البنصر - لم يضمن؛ لأن البنصر أحرز؛ لأنه أغلظ، والخاتم فيه أحفظ.

وإن قال: اجعله فى الخنصر، فلبسه فى البنصر، فانكسر - ضمن؛ لأنه تعدى فيه.

(الشرح) قوله: «الْكُمّ»[١] للقميص، أصله: الغطاء، والجمع: أكمام وكممة[٢] والكمة: القلنسوة المدورة؛ لأنها تغطى الرأس.

قوله: «الْجَيْبُ»، جيب القميص مشتق من جابَ: إذا قطع، يقال: جُبْتُ القميص أَجُوبُهُ: إذا قَوَّرْتَ جيبه.

والْمِجْوَبُ: حديدة يُجابُ بها، أى: يُقطعُ، وقوله تعالى: ﴿جَابُوا۟ ٱلصَّخْرَ بِٱلْوَادِ﴾ [الفجر: ٩][٣] أى: قَطَعوهُ.

قوله: «اربطه» هو بكسر الباء على المشهور، وحكى الجوهرى عن الأخفش ضمّها، ربط يربِط ويربُط ربْطًا؛ أى شدًّا[٤].

قوله: «الخاتم»[٥] فيه لغات: خاتم بفتح التاء، وخاتِمٌ بكسرها؛ وخاتامٌ؛ وخَيْتامٌ[٦]. واشتقاقها: من الخَتْمِ على الشىء كى لا يُفتح، مِنْ خَتْمِ الدَّنِّ وغيره.

وقوله «الْخِنْصَرُ»[٧] هى الصغرى من الأصابع، وفى الإصبع أربع لغات[٨]: إصبع مثل درهم، وإصبع بكسرتين مثل إثمد، وأُصْبُعٌ بضمتين مثل أُبْلُمٍ، وأُصْبَعٌ بضم الهمزة وفتح الباء، مثال أُكْرَمُ، وفيه لغة خامسة: أَصْبِعٌ بفتح الهمزة وكسر

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ١٤).
(٢) ينظر: الصحاح، والمصباح (كمم).
(٣) ينظر: تفسير غريب القرآن ص (٥٢٦)، وغريب القرآن وتفسيره لليزيدى (٨٩).
(٤) ينظر: تحرير التنبيه (٢/ ٢٣٢).
(٥) ينظر: النظم (٢/ ١٤).
(٦) ينظر: المنتخب لكراع النمل (٥٣٩)، والصحاح والمصباح (ختم).
(٧) ينظر: النظم (٢/ ١٥).
(٨) ذكر كراع فيه ثمانى لغات (المنتخب ص٥٣٧)، وكذا الفيومى فى المصباح (صبع)، وكلاهما نص على أصبوع كعصفور.

الباء، مثال أَضْرِبُ، وذكر ابن بابشاذ «اضْبُع» مثل امْشُوا، قال: وهى قليل.

الأحكام: إنْ أودعه شيئًا، وأطلق، فربطه فى كمِّه. لم يضمنْ. وإن تركه فى كمِّه، ولم يربطه - نظرت:

فإن كان خفيفًا إذا سقط لا يعلم به ضمنه؛ لأنه مفرِّط فى حفظه.

وإن كان ثقيلًا إذا سقَطَ، علم به - لم يضمنْ؛ لأنه غير مفرّط.

وإن تركه فى جيبه: فإن كان مزرورًا، أو كان الفتح ضيقًا - لم يضمنْ؛ لأنه لا تناله اليَدُ. وإن كان واسعًا غير مزرور، ضمن؛ لأنَّ اليد تناله.

فصل: وإن أودعه شيئًا: وقال: اربطه فى كمِّك، فأمسكه فى يده، فتلف - فقد روى المزنى: أنه لا يضمن، وروى الربيع فى «الأم»: أنه يضمن. ومن أصحابنا من قال: هو على قولين:

أحدهما: لا يضمن؛ لأنَّ اليد أحرز من الكم؛ لأنه قد يسرق من الكمِّ؛ لأنه قد يبطّ ويطرُّه الطَّرَّار، ولا يسرق من اليد.

والثانى: أنه يضمن؛ لأن الكم أحرز من اليد: لأن اليد حرز مع الذِّكْر دون النسيان؛ فإنه قد ينسى، فيرسل يده، فتسقط الوديعة، والكمّ حِرْز مع الذكر والنسيان.

ومن أصحابنا من قال: إنْ ربطها فى كمه، وأمسكها بيده - لم يضمنْ؛ لأنَّ اليد مع الكمِّ. وإن تركها فى يده، ولم يربطها فى كمه - ضمن؛ لأن الكم أحرز من اليد. وحمل الروايتين على هذين الحالين.

فصل: وإن أمره أن يحرزها فى جيبه، فأحرزها فى كمه، ضمن؛ لأن الجيب أحرز من الكم: لأن الكم قد ينسى فيرسله فتقع منه الوديعة، ولا تقع من الجيب.

وإن أمره أن يحرزها فى كمِّه، فحرزها فى جيبه، لم يضمنْ؛ لأن الجيب أحرز.

وإن ربطها فى كمّه، فقد قيل: إن حصل الخيط خارجَ الكمِّ، ضمن؛ لأنه أغرى الطّرَّار عليه، وإن جعله داخل الكُمِّ، لم يضمن، وهذا إنما يتجه إذا قال له: اربطْهُ من داخل الكم.

فصل: وإن أودعه وهو فى بيته، وقال له: احفظها فى البيت، فشدَّها فى كمه وخرج بها - ضمن؛ لأن البيت أحرَزُ لها لأنه لا يأمن أن يطرّه الطرار، وفى البيت يأمن ذلك؛ فكان أحرز.

وإن شدها فى عضده:

فإن كان الشدُّ ممَّا يلى أضلاعه، لم يضمنْ؛ لأنه أحرز من البيت.

وإن كان من الجانب الآخر، ضمن؛ لأن البيت أحرز منه.

وإن شدها فى كمه، ولم يخرج من البيت، وطرق: فإن أمكنه إحرازها فى حرز البيت، فأخَّره حتى طرق - ضمن. وإن لم يمكنه بغلق ينفتح وما أشبهه، لم يضمن.

فصل: وإن دفع الوديعة إليه وهو فى السوق، وقال: احْفَظْها فى البيت، فقام فى الحال وحملها، ومضى إلى البيت، فأحرزها فيه، فهلكَتْ بعد ذلك - لم يضمنْ. وهكذا إن هلكَتْ منه فى الطريق، لم يضمنْ؛ لأنه لا يمكنُ إحرازها فى البيت إلا على هذا الوجه.

وإن قعد فى السوق وتوانَى وتشاغل بأموره، ضمن؛ لأنه حفظها فيما دون البيت فضمنها؛ لأن البيتَ أحرَزُ لها من الحانوت.

فصل: وإن أودعه خاتمًا يمكنُ وضعه فى الخنصر والبنصر، وأمره أن يجعله فى البنصر - وهو الذى يلى الوسطى - فجعله فى الخنصر: وهو آخر الأصابع - ضمن: لأن الخنصر دون البنصر فى الحرز؛ لأن الخاتم فى الخنصر أوسَعُ؛ فهو إلى الوقوع أسرع.

وإن قال: اجعلْهُ فى الخنصر، فجعله فى البنصر، لم يضمنْ؛ لأن البنصر له أحرز: لأنه أغلظ، والخاتم فيه أحفَظُ.

وإن قال: أحرزه فى خنصر يمينك، فجعله فى خنصر يساره،، فقد قيل: يضمنه؛ لأن خنصر اليمن أغلظ.

فصل: وإن أودعه خاتمًا يسع الخنصر، ولا يسع البنصر، وقال له: اجعله فى الخنصر، فجعله فى البنصر، فانكسر - ضمن؛ لأنه تعدى فيه.

وإن جعله فى أنملته العليا من البنصر، ضمن . أيضًا . لأن الخنصر أحفَظُ له مِنْ أنملة البنصر.

فصل: وللمودع أن يردَّ الوديعة متى شاء؛ لأنه متبرِّع بحفظها، فجاز له ردُّها متى شاء؛ كالوكيل.

فإن كان مقيمًا، كان له ردُّها على صاحبها أو وكيله فى قبضها؛ لأن الوكيلَ قائم مقامه، ويده كيده. فإن لم يجد صاحبها ولا وكيله: بأن كان غائبًا أو محبوسًا بحيث

لا يصلُ المودع إليه، ولا وكيلَ له، فأراد دفعها إلى الحاكم، أو إلى أمينٍ إنْ لم يجدِ الحاكم - نظرت:

فإن كان له في ذلك عذر مِثْلُ أن يخاف غرقًا، أو حريقًا، أو نهبًا. فله دفعها إلى الحاكم، أو إلى أمينٍ عند عدم القدرة على الحاكم؛ ليخلصها مِنْ ذلك؛ لأن هذه مواضع ضرورة.

فإن تلفت، فلا ضمان على واحد منهما؛ لعدم التفريط.

وإن لم يكنْ له عذر، لم يجز له أنْ يدفعها إلى الحاكم، ولا إلى أمينٍ إن لم يجد الحاكم؛ لأنه مقيم لا عذر له، ولا ولاية للحاكم على البالغ الرشيد، وقد رضى صاحبها بأمانته دون غيره؛ فلا يجوز له أن يجعلها عند غيره، فإنْ خالفَ وأودع، كان عليه الضمان.

وقيل: إذا دفعها إلى الحاكم، لم يلزمه الضمان؛ لأن صاحبها لو كان حاضرًا لزمه أخذها، فإذا كان غائبًا، ناب عنه الحاكم. وليس بشيء؛ لأن الحاكم لا ولايَةَ له على الغائب مع الرشيد، فلا ينوبُ عنه فيه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أراد المُودِع السفر، ووجد صاحبها أو وكيله، سلمها إليه، فإن لم يجد، سلمها إلى الحاكم؛ لأنه لا يمكن منعه من السفر، ولا قدرة على المالك، ولا وكيله؛ فوجب الدفع إلى الحاكم، كما لو حضر من يخطب المرأة، والولى غائب، فإن الحاكم ينوب عنه فى التزويج.

فإن سلم إلى الحاكم مع وجود المالك، أو وكيله؛ ضمن؛ لأن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك، أو وكيله، كما لا ولاية له فى تزويج المرأة مع حضور الولى، أو وكيله.

فإن لم يكن حاكم؛ سلمها إلى أمينٍ؛ لأن النبى ﷺ كانت عنده ودائع، فلما أراد الهجرة، سلمها إلى أم أيمن، واستخلف عليًا - كرم الله وجهه - فى ردها.

وإن سلم إلى أمينٍ مع وجود الحاكم، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن - وهو ظاهر النص، وهو قول أبى إسحاق - لأنه أمين فأشبه الحاكم.

والثانى: يضمن - وهو ظاهر قوله «فى الرهن»، وهو قول أبى سعيدٍ الإصطخرى

- لأن أمانة الحاكم مقطوع بها، وأمانة الأمين غير مقطوعٍ بها، فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به، كما لا يترك النص للاجتهاد.

فإن لم يكن أمين؛ لزمه أن يسافر بها؛ لأن السفر فى هذه الحال أحوط، فإن وجد المالك، أو الحاكم، أو الأمين (أو الوكيل) فسافر بها - ضمن؛ لأن الإيداع يقتضى الحفظ فى الحرز، وليس السفر من مواضع الحفظ؛ لأنه إما أن يكون مخوفًا، أو آمنًا لا يوثق بأمنه، فلا يجوز مع عدم الضرورة.

وإن دفنها، ثم سافر؛ نظرت: فإن كان فى موضع لا يد فيه لأحدٍ، ضمن؛ لأن ما تتناوله الأيدى معرض للأخذ، فإن كان فى موضعِ مسكونٍ، فإن لم يُعْلَمْ بها أحدًا - ضمن؛ لأنه ربما أدركته المنية فى السفر فلا تصلُ إلى صاحبها، فإن أعلم بها من لا يسكن فى الموضع - ضمن؛ لأن ما فى البيت إنما يكون محفوظًا بحافظٍ.

فإن أعلم بها من يسكن فى الموضع، فإن كان غير ثقةٍ؛ ضمن؛ لأنه عرضه للأخذ، وإن كان ثقةً، فهو كما لو استودع ثقةً، ثم سافر، وقد بينا حكم من استودع، ثم سافر.

(الشرح) قوله: «لأن النبى ﷺ كانت عنده ودائع...».

أما تسليم النبى ﷺ هذه الودائع لأم أيمن فقال الحافظ فى «التلخيص»[1] لا يعرف. ووقع فى التلخيص: أم المؤمنين، بدلا من أم أيمن، قال الحافظ: أما تسليمها إلى أم المؤمنين فلا يعرف، بل لم تكن عنده فى ذلك الوقت إن كان المراد بها عائشة نعم، كان: قد تزوج سودة بنت زمعة قبل الهجرة، فإن صح فيحتمل أن تكون هى. اهـ.

أما أمره ﷺ عليا بردها فأخرجه البيهقى[2] من طريق ابن إسحاق وقوى إسناده الحافظ فى التلخيص[3].

أما أم أيمن[4] : فهى أم أيمن بركة بنت ثعلبة بن عمرو بن حصن بن مالك بن

---

(١) (٣/ ٢١٤).
(٢) (٦/ ٢٨٩).
(٣) (٣/ ٢١٤).
(٤) ينظر ترجمتها فى الإصابة (٨/ ٣٥٨) (١١٩٠٢)، وأسد الغابة ت (٧٣٧١)، والاستيعاب ت (٣٥٧٩)، وتهذيب التهذيب (١٢/ ٤٥٩)، وتجريد أسماء الصحابة (٢/ ٣١٣).

سلمة بن عمرو بن النعمان وفى تهذيب الأسماء للنووى: بركة بنت محصن بن ثعلبة ابن عمرو بن حفص بن مالك وتكنى أيضا أم الظباء، وغلبت عليها الكنية الأولى، وهى مولاة رسول الله ﷺ وحاضنته ورثها من أبيه، وأعتقها حين تزوج خديجة. وأسلمت قديما، وهاجرت إلى أرض الحبشة وإلى المدينة، وتزوجها عبيد بن زيد من بنى الحارث فولدت له أيمن، هكذا حكاه ابن باطيش. والمعروف والذى ذكره فى ترجمة أيمن بن عبيد أنه عبيد بن عمرو بن بلال، وقد ذكره ابن الكلبى فى نسب معد، وذكر ابن حزم فى الجمهرة: عمر بن زيد بن عمرو بن ثعلبة بن جشم وابنه رفاعة قتل يوم أحد، وقال أبو إسحاق: وأيمن بن عبيد هذا ليس هو أيمن بن أم أيمن، وذلك أن أيمن بن عبيد كان أبوه من الحبشة ووافق اسمه واسم أبيه اسم أيمن بن عبيد بن عمرو بن بلال، قال: وقول أبى إسحاق هو الصحيح؛ لأن أيمن بن أم أيمن قتل يوم حنين وكان أسن من أسامة.

وتزوجها بعد عبيد بن زيد زيد بن حارثة مولى النبى ﷺ بعد النبوة، فولدت له أسامة.

شهدت أحدا وكانت تداوى الجرحى، وشهدت خيبر، وتوفيت فى أول خلافة عثمان -رضى الله عنه- بعد عمر -رضى الله عنه- بعشرين يوما. روى عنها ابنها أيمن، وأنس بن مالك، وطارق بن شهاب.

قالت أم أيمن: بات رسول الله ﷺ فى البيت، فقام من الليل فبال فى فخارة، فقمت وأنا عطشى لم أشعر ما فى الفخارة فشربت ما فيها، فلما أصبحنا قال لى: (يا أم أيمن أهريقى ما فى الفخارة) قلت: والذى بعثك بالحق شربت مافيها، فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت نواجذه، ثم قال: (إنه لا تيجعن بطنك بعدها أبدا).

قوله: «المنية»: الموت معتل[١].

الأحكام: إنْ أراد المودع السفر. كان له ذلك، ولا يلزمه المقامُ لحفظ الوديعة؛ لأنه متبرع بإمساكها، ثم ينظر:

فإن وجد صاحبها أو وكيله، سلّمها إليه.

وإن لم يجد واحدًا منهما، سلّمها إلى الحاكم؛ لأنه لا يمكن منعه من السفر؛

---

(١) ينظر اللسان (من).

لأن السفر مباحٌ، وهو متبِّرع بإمساكها، ولا يقدر على المالك، ولا على وكيله؛ فوجب الدفع إلى الحاكم، كما لو حضر من يخطبُ المرأةَ، والوليُّ غائب؛ فإن الحاكم ينوب عنه فى التزويج، ويجبُ على الحاكم أو الأمين - قبولُهَا، ولا يجوزُ أن يحملها معه؛ لما فيه من المخاطرة بها.

فإنْ سلَّمها إلى الحاكم مع وجود المالك أو وكيله، ضمن؛ لأن الحاكم لا ولايةَ له مع وجود المالك أو وكيله؛ كما لا ولايةِ له فى تزويج المرأة مع حضورِ الوليِّ أو وكيله.

فصل: فإن لم يجد صاحبهاَ ولا وكيلًا له، ولم يكنْ هناك حاكم. سلَّمها إلى أمينٍ؛ لأن النبيَّ ﷺ «كَانَتْ عِنْدَهُ ودائِعُ، فَلَمَّا أَرَادَ الهِجْرَةَ سَلَّمَها إِلَى أُمِّ أَيمَن». وكان النبى ﷺ وَرِثَها من أبيه، فأعتَقَهَا، وكان اسمُهَا بَرَكَة، فتزوَّجها عبيد الخزرجيُّ، فولدَتْ له أيمَنَ، ثم تزوَّجها زيد بن حارثة، فولَدتْ له أسامَةَ بن زيد؛ فأسامة وأيمن أخوان لأمٍّ.

واستخلف النبى ﷺ عليا - رضى الله عنه - فى رَدِّهَا إِلَى أَصْحَابِهَا.

فصل: فإنْ سلَّم الوديعة إلى أمين مع وجود الحاكم الثقة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يضمَنُ، وهو ظاهرُ نصِّ الشافعى، وهو قوُل أبى إسحاق المرزوىِّ؛ لأنه أمين فأشبه الحاكم، ولأنه إذا جاز دفعها إليه مع عدم الحاكم، جاز مع وجوده؛ كوكيل صاحبها.

والثانى: يضمن، وهو ظاهر قول الشافعى فى الرَّهْن، وهو قول أبى سعيد الإصطخريِّ؛ لأن أمانة الحاكم مقطوع بها، وأمانة الأمين غيرُ مقطوع بها؛ فلا يجوزُ ترك ما يقطعُ به بما لا يقطع به؛ كما لا يجوزُ ترك النصِّ فى الكتابِ والسُّنَّة بالاجتهادِ.

فصل: فإن لم يكنْ هناك أمين بأنْ كان البَلَدُ مُفْتَنًا، لزمه أن يسافر بها؛ لأنَّ السفر فى هذه الحالةِ أحوَطُ فى حفظها، فلزمه لذلك. فإنْ سافر بها، فتلفَتْ من غير تفريط، لم يضمنْ؛ لأنه فعَلَ ما وجَبَ عليه، فلم يضمنْ؛ كما لو هلكَتْ فى الحضر من غير تفريطٍ.

وقيل: يضمن. وليس بشىء.

فصل: فإن أودعها عند غيرِ أمينٍ ثقةٍ، ضمنها، سواء كان حاكمًا أو غيره؛ لأنه

فرط فيها بذلك، لما فيها من التضييع لها.

فصل: فإنْ وجد المالكَ أو وكيلَهُ، أو الحاكمَ الثقةَ أو الأمينَ الثقة، فسافر بها بغير إذنِ صاحبها، ضمنها، سواء كان السفر مخوفًا أو غير مخوفٍ.

وقال أبو حنيفة[1] : إذا كان السفرَ آمنًا، لم يضمنْ.

دليلنا: هو أنَّ الإيداع يقتضى الحفْظَ فى الحرز، وليس السفر من مواضع الحفظ؛ لأنه إما أنْ يكون مخوفًا أو آمنًا لا يوثَقُ بأمنه؛ فلا يجوزُ السفر بها مِنْ غير ضرورة، ولأنَّه سافر بها مِنْ غير إذن صاحبها من غير ضرورة؛ فأشبه إذا كان السفَرُ مخوفًا فى الغالب.

قلنا: نقل الوديعة مع أمَنْ السفر؛ فأشبه إذا نقلها من محلَّة إلى محلة.

قلنا: أمن البلد موثوق به، كأمانة العدل، وأَمْنُ السفر غيرُ موثوقٍ به؛ ولهذا روى أنَّ المسافِرَ ومتاعَهُ لعلى قلت إلا ما وقى الله، ومعناه: لعلى هلاك، وقال الشاعر:

---

(١) قال فى الجوهرة النيرة (١/ ٣٤٩): قوله (وللمودَع أن يسافر بالوديعة، وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبى حنيفة) هذا إذا كان الطريق آمنا، أما إذا كان مخوفا فيضمن إجماعا، وكذا إذا كان الطريق آمنا ونهاه صاحبها عن السفر بها فسافر بها يضمن؛ لأن التقييد مفيد؛ لأن الحفظ فى المصر أبلغ، إلا أن يضطر إلى ذلك بأن قصد السلطان أخذها . وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان لها حمل ومؤنة لم يسافر بها فإن سافر بها ضمن؛ لأنه يلزم المالك أجرة النقل من بلد إلى بلد، ، والظاهر: أنه لا يرضى بذلك، ولأبى حنيفة إطلاق الأمر بالحفظ ومحل الحفظ إذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الأب والوصى فى مال الصبى، ولأن الإنسان لا يلتزم الوديعة ليترك أشغاله، والسفر من أشغاله فلا تمنعه الوديعة من ذلك . صاحب المنظومة

لا يضمن المودع بالمسافرة ... عند انعدام النهى والمخاطرة

ويجعلان هذه مضمونه ... فى كل ما لحمله مؤنة

قيد بانعدام النهى والمخاطرة؛ لأنه إذا نهاه فخرج بها يضمن إجماعا، وكذا إذا كان الطريق مخوفا . وأما إذا لم يكن لها حمل ولا مؤنة لا يضمن بالمسافرة إجماعا والذى له حمل ومؤنة هو ما كان يحتاج فى حمله إلى ظهر أو أجرة حمال .

وقال فى الإنصاف (٦/ ٣٢٦): قوله (وإن أراد سفرا، أو خاف عليها عنده: ردها إلى مالكها) كذا إلى وكيله فى قبضها، إن كان . (فإن لم يجده: حملها معه، وإن كان أحفظ لها) . مراده: إذا لم ينهه عن حملها معه . اعلم أنه إذا أراد سفرا وكان مالكها غائبا ووكيله، فله السفر بها . إن كان أحفظ لها، ولم ينهه عن حملها . وإن كان حاضرا أو وكيله فى قبضها، فظاهر كلام المصنف هنا: أنه لا يحملها إلا بإذن . فإن فعل ضمن، وهو أحد الوجهين . قال فى المغنى: ويقوى عندى أنه متى سافر بها مع المقدرة على مالكها أو نائبه بغير إذن: أنه مفرط عليه الضمان . انتهى .

بُغَاثُ الطَّيْرِ أَكْثَرُهَا فِرَاخًا وَأُمُّ الصَّقْرِ مِقْلاةٌ نَزُورٌ[1]

أى: الصقر يهلكُ ولده ويقلُّ؛ فهو كأمانةِ الفاسقِ إذا كان الغالبُ منه أداء الأمانة، لم يجزْ أنْ يودعها بغير إذنِ صاحبها؛ لخوف توقُّع الخيانة منه؛ فكذلك هاهنا مثله.

فصل: وإنْ نقل الوديعة مِنْ قرية إلى قريةٍ - نظرْتَ:

فإن نقلها لعذرٍ، مثل أن يقع فى تلك القرية نَهب أو حريق أو غرق - لم يضمنها؛ لأنه لم يفرطْ فى حفظها؛ لأن حفظها فى هذه الأحوال يكونُ بالنقل، فلم يضمن، ومؤنة السفر على المودع؛ لأنه مقطوع به.

وإن نقلها لغير عذر:

فإن كان بين القريتَيْن مسافة يقع عليها اسمُ السفر، ضمنها، طالت المسافة أو قصرت؛ لأنه فرَّط فى الحفظ.

ومن أصحابنا من قال: إن كانتِ المسافةُ قصيرة، لم يضمنْ، كما لو كان بينهما القَدْر الذى يكون بين الزقاقَيْن.

والمذهب: الأوَّل.

وإن كان بين القريتَيْن القدرُ الذى يكون بين الزقاقَيْن، ونحو ذلك:

فإن كانت القريةُ التى نقلها إليها مِثْلَ الأولى فى الحرز أو أحرز، لم يضمْنها؛ كما لو نقلها من محلَّة بالبلد إلى محلَّة أخرى. فإن تلفتْ فى هذه القرية، فالذى يقتضيه المذهبُ: أنه لا يجبُ عليه ضمانها.

وقيل: إذا نقل الوديعة مِنَ الحرز المعيَّن لها إلى حرز غيره، فانهدَمَ البيتُ المنقول إليه، فتلفَتِ الوديعة - وجَبَ ضمانها؛ لأن ذلك حرزٌ بشرط سلامةِ العاقبةِ. وإنَّما لا يضمنُ إذا تَلِفَ من جهة أخرى.

والصحيح هو الأوَّل.

وإن كانت القرية التى نقل إليها دون الأولى فى الحرز، ضمنها؛ لأن ظاهر الحالِ

---

(١) البيت للعباس بن مرداس فى ديوانه (٥٩)، واللسان (بغث)، والتنبيه والإيضاح (١/ ١٨٠)، وجمهرة اللغة (٢٦٠، ٧١١)، وشرح ديوان الحماسة للمرزوقى (١١٥٣)، ولكثير عزة فى ملحق ديوانه (٥٠٣)، والتاج (قلت، نزر)، والعين (٥/ ١٢٨، ٧/ ٣٦٠)، واللسان (قلت، نزر)، وبلا نسبة فى مقاييس اللغة (٥/ ٤١٩)، والمخصص (٨/ ١٤٤).

أنه اعتمَدَ أن يحرزها فى تلك القرية، فإذا نقلها إلى ما دونها فى الحرز، كان مفرِّطًا؛ فضمنها.

فصل: وإن دفنها، ثم سافر. نظرْتَ:

فإن كان دفنها فى موضعٍ لا يَدَ فيه لأحدٍ: كالطريق والرحبة، ضمن؛ لأن ما تتناوله الأيدى معرَّضٌ للأخذ.

وإن كان فى موضعٍ مسكون: فإن لم يعلم بها أحدًا، ضمن؛ لأنه ربمًا أدركته المنيَّة فى السفر، فلا يصلُ صاحبها إليها، ولأنه قد يحترق المكان أو يغرق؛ فلا يعلم أحد مكانها، فتتلف عند الطلب.

وإذا أعلم بها مَنْ لا يسكن فى الموضع، ضمن؛ لأن ما فى البيت إنما يكونُ محفوظًا للساكن.

وإن أعلم بها من يسكن فى الموضع بأنْ قال له: هذه وديعة فلانٍ قد دفنها هاهنا:

فإن كان الساكن غير ثقةٍ، ضمن؛ لأنه عرضة للأخذ.

وإن كان ثقةً: فإن كان المودعُ قادرًا على صاحبها أو على وكيله، ضمنها. وإن لم يكنْ قادرًا على صاحبها ولا وكيله، لم يضمنها، إن لم يكنْ هناكَ حاكم. وإن كان هناك حاكم، فهو على الوجهين فيمن استودعَ ثقة، ثم سافر، مع وجود الحاكم، وقد مضَى بيانه.

قال فى «الأم»: فإن جعلها فى بيت المال، ضمن، واختلف أصحابنا فى معناه:

فمنهم من قال: أراد بذلك: إذا تركها فى بيتِ المال، مع القدرة على صاحبها.

ومنهم من قال: أراد به: إذا جعلها فى بيتِ المال بنفسه، ولم يسلِّمْهَا إلى الحاكم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فى حضور المودع الموت: وإن حضره الموت، فهو بمنزلة من حضره السفر؛ لأنه لا يمكنه الحفظ مع الموت بنفسه، كما لا يمكنه الحفظ مع السفر، وقد بينا حكمه.

وإن قال فى مرضه: عندى وديعة، ووصفها، ولم يوجد ذلك فى تركته؛ فقد اختلف أصحابنا فيه.

فقال أبو إسحاق: لا يضرب المقر له مع الغرماء بقيمتها؛ لأن الوديعة أمانة، فلا

يضمن بالشك.

ومن أصحابنا من قال: يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء، وهو ظاهر النص؛ لأن الأصل وجوب ردها، فلا يسقط ذلك بالشك.

(الشرح) قوله: «يضرب . . . مع الغرماء»[1] مأخوذ من الضارب الذي يضرب بالقداح، وهو: الموكل بها، ومثله: الضريب والجمع: الضرباء؛ لأنه يضرب مع الغرماء بسهم.

الأحكام: إنْ حضره الموتُ، كان عليه أن يظهر أمر الوديعة؛ لأنَّه إذا لم يظهر أمرها، ومات. يكون الظاهر أنَّها له لثبوت يده عليها، ولوارثه أن يحلف عليها، ويمنع منها مَنْ يدَّعيها؛ فيكون مضيعًا لها بذلك على مالكها. ثمَّ الحكم فيها على ما مضى فى المودعِ إذا حضره السفر؛ لأنه لا يمكنه الحفظُ - مع الموت بنفسه، كما لا يمكنه الحفظ مع السفر.

فإن قدر على صاحبها أو وكيله، ردَّها عليه، وإن لم يقدرْ عليه، دفعها إلى الحاكم، فإنْ أودعها عند ثقة، مع عدم القُدرة على الحاكم، جاز، وإن كان مع القدرة على الحاكم، فهو على الوجهَيْن فى السفر، وقد مضَى حكمه.

وهل يجبُ على الحاكم أو الأمين قَبُولُهَا؟ هو على ما ذكرناه فى أوَّل الكتاب.

وقيل: لا يجب.

فصل: وإن قال فى مرضه: عندى أو عليَّ وديعة لفلان، ووصفها، أو قامتْ عليه بينة بالإيداع، أو أقَرَّت الورثة بها - نظَرْتَ:

فإنْ وجدتْ بعينها، وجب تسليمها إلى صاحبها، فإنْ أخَّر الوارث ردَّها مع الإمكانِ، ضمن. وإن لم يعلم صاحبها بموته، وجب على الوارث إعلامه، ولم يكن له إمساكها إلى أنْ يطالبه؛ لأنه لا يأتمنه عليها؛ فهو كما لو أطارت الريح ثوبًا إلى داره: فإنَّ عليه إعلامَ صاحب الثوب به، فإن أخَّر ذلك مع الإمكان، ضمن.

وإن لم يوجد ذلك فى تركته، فقد اختلف أصحابنا فيه: فقال أبو إسحاق المرزوى: إن كان فى تركته مِنْ جنس تلك الوديعة، مثل أنْ تكونَ الوديعةُ دراهمَ، وفى التركة دراهم. ضرب المقر له مع الغرماء بقيمتها، وإن لم يكنْ فيها مِنْ جنس تلك الوديعة، لم يضرب المقرّ له بها مع الغرماء؛ لأنه إذا وجد فى التركة مِنْ جنس

---

(١) ينظر النظم (٢/ ١٥).

الوديعة، احتمل الهلاك، واحتمل الاختلاط، وعدم التميز مثل أنْ يكون مائة درهم ناصريَّة، فوجد فى تركته مائتان منها: فإنه لا يمكنُ إسقاط حق المودع؛ لجواز أن يكون ماله بعينه، ولا يمكن تسليم المائة منها إليه، لجواز أن تكون هلكتْ، ولا شىء له؛ فلا أقلَّ من أن يحاصّ الغرماء.

وإذا لم يوجدْ فيها من جنسها، فالظاهر هلاكُه، وبقاء المودع على الأمانة؛ فلا يضمن بالشكّ.

ومن أصحابنا من قال: يضرب المقرّ له بقيمتها مع الغرماء، سواء كان فى التركة من جنس تلك الوديعةِ أو لم يكنْ، وسواء أقر به عند الموت أو أقرَّت الورثة، أو قامت به بينة - لا يختلف الحكْمُ فيه، وهو ظاهرُ نصِّ الشافعى؛ فإنه قال: يحاصُّ ربّ الوديعة بها؛ لأن الأصل وجوبُ ردِّها، فلا تسقط بالشك، ولأنه قد ثبَتَ الإيداع، وإنما جهل مكان الوديعة وعينها، والجهل بذلك لا يوجبُ إسقاط حقِّ صاحبها؛ بل يوجبُ دخولها فى ضمانه، وثبوت المضاربة لصاحبها مع الغرماء.

ومن أصحابنا من قال: إن كان قد ثبت الإيداع بإقرار الميت، ضرب المُقَر له بها مع الغرماء، وإن كانت ثبت بالبيِّنة أو بإقرار الورثة، لم يضربْ بها مع الغرماء؛ لأنَّ الظاهر من إقراره: أنَّ الوديعة غير تالفة بإتلافه إيَّاها، والظاهر فيما عداه: أنه أمين، وأنها تلفت على الأمانة؛ فلا ضمان عليه، وقيل: إن سكت عند الوفاة بعد أن عرف أنَّها عنده باعترافِهِ قبل ذلك، أو ببينة - فإنّ لصاحبها أن يضاربَ مع الغرماء؛ لأن سكوته عنها يدلُّ على أنه أتلفها.

وإن ذكَرَها عند وفاته، ولم توجد فى تركته، لم يضاربْ بها مع الغرماء؛ لجواز أن تكون هلكَتْ بعد أن ذكرها من غير تفريط مِنْ الوارث.

فإنْ مات فجأةً، فقد قيل: لا ضمان عليه.

فصل: وإنْ وُجد فى التركة شىء مكتوب عليه: هذه وديعةُ فلان بن فلان بن فلان، أو وجد فى دفتره: عندى كذا وكذا وديعة لفلان بن فلان بن فلان. لم يلزمِ الوارث تسليم ذلك إلى ذلك الإنسان ما لم يعرفوا حقيقتَهُ؛ لجواز أن يكونَ ذلك الظَّرْف كان فيه وديعة قبل ذلك، ثم ردَّها إليه، أو اشتراها منه، ولم يُزِلْ ذلك المكتوبَ عنه، ولأنَّ الخَطَّ لا يثبتُ به حقّ على كاتبه.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وإن أودع الوديعة غيره من غير ضرورةٍ؛ ضمنها؛ لأن المودع لم يرض بأمانة غيره، فإن هلكت عند الثانى؛ جاز لصاحبها أن يضمن الأول؛ لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه، وله أن يضمن الثانى؛ لأنه أخذ ما لم يكن له أخذه.

فإن ضمن الثانى، نظرت: فإن كان قد علم بالحال؛ لم يرجع بما ضمنه على الأول؛ لأنه دخل على أنه يضمن، فلم يرجع.

فإن لم يعلم؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يرجع؛ لأنه دخل على أنه أمانة، فإذا ضمن؛ رجع على من غره.

والثانى: أنه لا يرجع؛ لأنه هلك فى يده، فاستقر الضمان عليه، فإن ضمن الأول، فإن قلنا: إن الثانى إذا ضمن يرجع على الأول؛ لم يرجع الأول عليه، وإن قلنا: إنه لا يرجع، رجع الأول عليه.

فأما إذا استعان بغيره فى حملها، ووضعها فى الحرز أو سقيها أو علفها، فإنه لا يضمن؛ لأن العادة قد جرت بالاستعانة، ولأنه ما أخرجها عن يده، ولا فوض حفظها إلى غيره.

(الشرح) قوله «أو علفها» يقال: علفت الدابة أعلفها - بكسر اللام - علفًا بإسكان اللام.

والعلف بفتحها هو الشعير والتبن وغيرهما مما تأكله[1].

الأحكام: إن أودع المودع الوديعة غيره مِنْ غير إذن صاحبها، مِنْ غير ضرورة: فإنْ أودعها مع حضورِ صاحبها أو وكيله - ضمنها؛ لأنَّ المودع لم يرضَ بأمانة غيره؛ فإنْ هلكتْ عند الثانى، جاز لصاحبها أنْ يضمن الأوَّل؛ لأنه مسلِّمٌ ما لم يكنْ له تسليمه، وله أن يضمن الثانى.

وقال أبو حنيفة: ليس له أن يضمن إلا الأوَّل.

دليلنا: هو أنَّ الثانى أخذ مال غيره، ولم يجزْ له أخذه، وهو مِنْ أهْل الضمان؛ فأشبه الغاصب والمشترى مِنَ الغاصب.

---

(١) ينظر تحرير التنبيه ص (٢٣٢).

فإنْ قيل: لا نسلِّم أنه لم يجز له أخذه؛ فإنه إذا لم يكن عالمًا بحاله، جاز له أخذه.

قلنا: عندكم إذا كان عالمًا بحاله، فأخذه، لم يجب عليه الضمان؛ فكان التعليلُ صحيحًا، ولأنه إذا ثبت أن الوديعة كانتْ لغيره: فقد بان أنَّه أخذها، ولم يكنْ له أخذها.

فإن قيل: إذا لم يعلمْ بالحال، فهو مخطئ، وليس بعامد؛ فوجَبَ أن يكون معذورًا فيه.

قلنا: العمد والخطأ فى حقوق الآدميين سواء؛ فإنَّ من أكَلَ مال غيره، وهو يعتقدُ أنه مالُ نفسِهِ. وجب عليه ضمانه؛ كما يجبُ عليه إذا علم أنه لغيره، قالوا: رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال: «مَنْ أُودِعَ وَدِيعَةً، فهلَكَتْ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْه». قلنا: لا نعرفُ إسنادَهُ، ولأنَّها فى يد الثانى ليسَتْ بوديعة؛ وإنما هى مضمونَةَ عليه، فلا حُجَّة فيه، ثم نخصُّه بما ذكرناه.

قالوا: ما وجَبَ بمعنى واحد لا يجبُ به الضمان على اثنين.

قلنا: بل وجَبَ لمعنيين:

على الأوَّل: بدفعها إليه؛ ولهذا لو تركها فى الصحراء، ضمن. وعلى الثانى: بالأخذ؛ ولهذا لو أخذها منه قهرًا، ضمن.

فصل: فإنْ ضمن الثانى. نظَرْتَ: فإنْ كان قد علم بالحال، لم يرجعْ بما ضمنه على الأوَّل؛ لأنه دخل فيه على أنَّه يضمن، فلم يرجع. وإن لم يعلمْ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يرجعُ؛ لأنه دخل فيه على أنَّه أمانة، فإذا ضمن، رجع على من غرّه.

والثانى: أنه لا يرجعُ؛ لأنَّه هلك فى يده، فاستقرَّ الضمان عليه.

وإن ضمن الأوَّل:

فإن قلنا: إنَّ الثانى إذا ضمن، رجع على الأوَّل. لم يرجع الأوَّل على الثانى؛ لأنه لا فائدة فى أن يرجع عليه، ثم يرجع هو عليه.

وإن قلنا: إنه لا يرجع على الأول إذا ضمن، يرجع الأوَّل عليه.

فصل: وإن سلَّم الوديعة إلى بعضِ عياله: كالزوجةِ أو الغلامِ، وأزالَ يده عنها. ضمنَ.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن.

دليلنا: هو أنه أودع الوديعة بغَيْر إذنِ صاحبها من غير حاجةٍ؛ فأشبه إذا أودعها شريكه أو مضاربَهُ.

قالوا: حفظها بمن يحفظ له ماله؛ فأشبَهَ إذا حفظها بنفسه.

قلنا: يبطلُ بما قِسْنا عليه، ولأنه لا يجوز اعتبار الوديعة بمالِ نفسِهِ؛ لأنه يجوز أن يسافر بمالِ نفسه فى الطرق المخوفة فى البر والبحر، ويجوز أن يودع ماله الفاسقَ، ولا يجوز أن يفعلَ ذلك فى الوديعة.

فصل: فأما إذا استعان بغيره فى حملها، أو وضعها فى الحرز، أو سقى الدابة المودعة أو علفها، مثلُ أن يقول لغلامه: احملها إلى الصندوقِ الفلانيِّ ونحو ذلك - فلا يضمنها.

واعتبر أبو العبَّاس بن سُرْيج فيه: ألا يغيب مَنِ استعان به عن بصره.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وإن أودعه دراهم، فخلطها بمثلها من ماله؛ ضمن؛ لأن صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره.

فإن خلطها بدراهم لصاحب الدراهم؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن؛ لأن الجميع له.

والثانى: أنه يضمن - وهو الأظهر - لأنه لم يرض أن يكون أحدهما مختلطًا بالآخر.

وإن أودعه دراهم فى كيسٍ مشدودٍ فحله، أو خرق ما تحت الشد؛ ضمن ما فيه؛ لأنه هتك الحرز من غير عذرٍ.

وإن أودعه دراهم فى غير وعاءٍ، فأخذ منها درهمًا؛ ضمن الدرهم؛ لأنه تعدى فيه، ولا يضمن الباقى؛ لأنه لم يتعد فيه.

فإن رد الدرهم، فإن كان متميزًا بعلامةٍ؛ لم يضمن غيره، وإن لم يتميز بعلامةٍ؛ فقد قال الربيع: يضمن الجميع؛ لأنه خلط المضمون بغيره، فضمن الجميع.

والمنصوص أنه لا يضمن الجميع؛ لأن المالك رضى أن يختلط هذا الدرهم بالدراهم، فلم يضمن.

فإن أنفق الدرهم، ورد بدله، فإن كان متميزًا عن الدراهم؛ لم يضمن الدراهم؛ لأنها باقية كما كانت، وإن كان غير متميزٍ؛ ضمن الجميع؛ لأنه خلط الوديعة بما لا

يتميز عنها، فضمن الجميع.

(الشرح) الأحكام: إن أودعه دراهم فى حُقٍّ غير مسدودٍ، أو خريطة غير مسدودة، أو فى صينيَّة، ونحو ذلك، فخلطها بمثلها مِنْ ماله بحيثُ لا يتميز بعضها عن بعض - ضمن. وإن كانتِ الوديعة من الحبوبِ والأدهانِ، فخلطها بمثلها مِنْ ماله - ضمن، سواء كان المخلوط دونها أو مثلها.

وقال مالك: لا يضمنُ إلا أن يكون دونها.

دليلنا: هو أن صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمالِ غيره؛ فوجب أن يضمنها، كما لو خالطها بما دونها.

فصل: وإنْ خلطها بدراهم لصاحبها، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمنُ؛ لأن الجميع له.

والثانى: أنه يضمنُ، وهو الأظهر لأنه لم يرضَ أنْ يكونَ أحدهما مختلطًا بالآخر.

وإن خلطها بدنانير له، لم يضمنْ؛ لأنها لم تتميز منها، إلا أنْ تنقص لكونها مع الدنانير؛ فيلزمه ضمانُ ما نقص منها.

فصل: وإن أودعه دراهمَ فى كيس مشدودٍ، أو فى صندوقٍ مقفلٍ، فحلّ الكيس، أو خَرَقَ ما تحت الشدِّ، أو كان عليه ختم فَنحّاه دون السِّداد، أو فتح القفل. ضمن ما فى الكيس، وما فى الصندوق.

وقال أبو حنيفة: يضمن الختم دون الدراهم.

دليلنا: هو أنه هتَكَ حرز الوديعة مِنْ غير عذر؛ فأشبه إذا تركها فى بيت من داره، وثقب البيت أو ترك باب داره مفتوحًا، وخرج، فسرقها سارق.

فإن قيل: المعنى فى الأصْل: أنه إذا ثقب الحائط إلى الطريق، فقد ترك حفظ الوديعة؛ ولذلك إذا ترك باب الدار مفتوحًا، وخرج، وترك الدار مِنْ غير حافظ، وجب عليه الضمان لذلك، لا لهتك الحرز.

قلنا: إذا كسر القفل، وحل السِّداد كان غير حافظ لها على حَسَب ما اقتضاه إذْنُ المودع؛ فإنه أذن له فى حفظها محرزة بالشَّدّ والقفل، فإذا حفظها غير محرزة بذلك، كان تاركًا للحفظ المأذون فيه؛ فلزمه الضمان مثله فى ثقب الحائطِ، وفتح الباب.

قلنا: تعدىّ على الحرز لا على ما فيه، فلم يضمن ما فيه، كما لو فتح قفصًا عن

طائر، فطار. لم يجبْ عليه ضمان الطير.

قلنا: يبطل بما قسْناه عليه، والطائر لا يجب عليه حفظه، وهذا يجبُ عليه حفظه، وفَتْحُ القفل وحَلّ الشد ترك لحفظه؛ فافترقا؛ فوزانه: أن يكون القفص والطائر وديعةً فى يده، فإذا فتح بابَ القفص، وطار الطائر، لزمه ضمانه.

فسقَطَ ما قالوه.

وذكر الصَّيْمرى فى «الإيضاح» وجهًا: أنه إذا حَلَّ سداد الكيس وختمه، ولم يتعرَّض لما فيه - لم يضمنْ غير السداد والختم.

وقيل: إن حل ختم الكيس، ضمن ما فى الكيس، وهل يضمن الكيس، فيه وجهان.

فلو حل عقدًا على الكيس من نفس الكيس أو من خيط، لم يضمنْ؛ لأن ذلك لا يعدُّ جناية على الكيس، بخلاف حل الختم؛ فإنه جناية على الكيس.

فصل: وإن أودعه دراهم فى غير وعاءٍ، بأنْ حطها فى يده، أو فى كمه، أو فى كيس غير مشدود، أو صندوق غير مقفول، فأخذ منها درهمًا لنفسه. ضمن الدرهم؛ لأنه تعدَّى فيه، ولا يضمن الباقى؛ لأنه لم يتعدّ فيه.

فإنْ ردَّ الدرهم بعينه إلى الدراهم:

فإنْ كانْ متميزًا عن بقيَّة الدراهم، لم يضمنْ غيره منها؛ لأنه لم يوجد التعدِّى منه فى سائر الدراهم.

وإن لم يتميز منها: فقد قال الربيعُ: يضمن الجميعَ؛ لأنه خلط المضمون بغيره، فضمن الجميع، كما لو ترك فيها بدله.

والمنصوصُ للشافعى: أنه لا يضمن سواه؛ لأن المالك رضى أن يختلطَ هذا الدرهم بالدراهم، فلم يضمن به؛ بخلاف البدل.

وإن أنفق الدرهم، وردَّ بدله فيها: فإنْ كان متميزًا عن الدراهم بالقدر، أو الصفة. لم يضمنِ الدراهم؛ لأنها باقية كما كانتْ؛ لأن درهمه متميز عنها.

وإن كان غير متميز، ضمن الجميع؛ لأنه خلط الوديعة بما لا يتميَّز عنها من ماله، فضمن الجميع.

قال المصنف - رحمه الله تعالى-:

(فصل) فإن أودعه دابةً، فلم يسقها، ولم يعلفها حتى ماتت؛ ضمنها؛ لأنها ماتت

بسببٍ تعدى به، فضمنها.

وإن قال: لا تسقها، ولا تعلفها، فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت؛ ففيه وجهان:

قال أبو سعيدِ الإصطخرى: يضمن؛ لأنه لا حكم لنهيه؛ لأنه يجب عليه سقيها وعلفها، فإذا ترك، ضمن، كما لو لم ينه عن السقى والعلف.

وقال أبو العباس، وأبو إسحاق: لا يضمن؛ لأن الضمان يجب لحق المالك، وقد رضى بإسقاطه.

(الشرح) الأحكام: إن أودعه دابَّةً أو غيرها مِنَ الحيوانِ - نظَرْتَ:

فإن أمره بعلفها وسَقْيها - لزم المودعَ عَلَفُها وسَقْيها: لحرمةِ صاحبها؛ لأنه أخذها منه على ذلك، ولحرمة البهيمة؛ لأنه يجبُ إحياؤها، ويكون له أن يرجعَ على صاحبها بما ينفقُ عليها؛ لأنه أنفقه بإذنه، ونفعُهُ عائد إليه؛ فهو كما لو ضمن عنه دَيْنًا بإذنه، وأداه بإذنه.

فصل: وهكذا إنْ نهاه عن علفها وسَقْيها، لزمه إعلافُهَا وسَقْيها؛ لأن للحيوان حُرْمة فى نفسه: يجبُ إحياؤها لحقِّ الله تعالى.

وإن لم يأمره بعلفها وسقيها، ولا نهاه عنه - لزمه أن يَعْلِفها ويَسْقِيها.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه.

دليلنا: هو أنه لا يجوزُ إتلافها جُوعًا وعطشًا، فإذا أَذِنَ له فى حفظها، تضمَّنَ ذلك علفها وسقيها بإذنه مِنْ جهة العرف؛ كما لو وكَّله فى بيع ثوبٍ بمائة، فإنَّه يتضمَّن جواز البيع بأكثَرَ من مائةٍ من جهة العُرْف.

فصل: ثُمَّ ينظر:

فإن كان المودِعُ حاضرًا أو وكيلُهُ، طالبه بالإنفاق عليها أو بردّها، أو يأذن له فى الإنفاق عليها، ويرجع به عليه إنْ لم يتطوع به.

وإنْ لم يكن حاضرًا ولا وكيله. رفع الأمر فيها إلى الحاكم: فإنْ وجد لصاحبها مالًا، أمر بالإنفاق عليها منه. وإن لم يكنْ له مال، نظر:

فإن كان الأحظ لصاحبها أنْ يبيعها، باعها.

وإن كان الأحظ أن يبيعَ بعضها وينفقَ ثمنه على الباقى، فعل.

وإن كان الأحظ أن يكريها وينفقَ عليها منَ الأُجْرة، فعل ذلك.

وإنْ رأَى أنْ يستقرضَ على صاحبها من بيتِ المالِ أو من المودَع أو من غيره،

فعل ما رآه من ذلك.

فإن استقرَضَ من غير المودع، دفعه إلى المودع؛ لينفق عليها على ما يرى.

وإن استقرَضَ مِنَ المودع: فهل يفوّض الأمر فى جميع ذلكَ إليه، أم يَأْمُره بأنْ يدفعَ ذلك إلى أمينٍ، ثم يأخذه منه شيئًا فشيئًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يأمره بأنْ يدفعه إلى أمينٍ، ثم يأخذه منه؛ لأنَّه لا يَجُوزُ أنْ يكونَ وكيلًا فى قبضه مِنْ نفسه لغيره.

والثانى - وهو الأشبه - أنه يفوضه إليه؛ لأن الذى يدفع إليه ذلك يحتاجُ أنْ يردَّه إليه لينفقه على ما يراه؛ فجعل جميع ذلك مفوَّضًا إليه.

ومِنْ أصحابِنَا منْ قال: يقدِّر له الحاكم النفقة، ويفوِّض ذلك إليه: فإنْ فوَّض ذلك إليه، فأنفق عليها مدَّة، ثمَّ رجع صاحبها: فإنِ اتفقا على ما أنفقه عليها، أخذه منه.

وإن اختلفا فيه، نَظرتَ:

فإن اتفقا على ما أنفقَهُ فى كل يوم، واختلفا فى قدر المدة بأنْ يقول المودَع: هى فى يدى منذ شهرين، ويقول صاحبها: بل هى فى يدك منذُ شهرٍ - ولا بيِّنَةَ لأحدهما - فالقولُ قولُ صاحبها مع يمينه؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ ما زاد على ما اعترف به.

وإنِ اتفقا على قدر المدة، واختلفا فيما أنفق فى كل يوم، فالقولُ قولُ المودعِ مع يمينه إذا كان ما يدَّعيه قدر النفقة بالمعروفِ؛ لأنه أمين فيها. وإنْ كان أكثر مِنَ النفقة بالمعروف، لم يثبتْ له ما زاد على النفقة بالمعروف، وهكذا إنْ قدَّر له الحاكم النفقة، فادعى أكثر منها. لم يثبتْ له الرجوعُ بما زاد على المقدَّر. فإنْ أنفق عليها من غير إذْن الحاكم مع قُدْرته على الحاكم - لم يرجعْ بما أنفق؛ لأنه تطَّوع به. وإن لم يقدر على الحاكم، فأنفق عليها:

فإن لم يعتقدِ الرجوع به، أو اعتقد، ولم يشهدْ على ذلك مع القدرة على الإشهاد. لم يرجعْ بما أنفق؛ لأنه تطَّوع به.

وإن اعتقد الرجوع به، وأشهد على ذلك - ففيه وجهان؛ بناء على القولَيْن فى الجَمَّال إذا هرب، وترك الجمال:

فإنْ قلنا: يرجع به، فحضر صاحبها، وصدَّقه على ما أنفق - دفعه إليه. وإن اختلفا، فقال المودع: أنفقت مائة، وقال صاحبها: بل خمسين - فإن كان ما ادعاه

من النفقة بالمعروف، فالقول قولُهُ مع يمينه؛ لأنه أمين.

وإن قلنا: لا يرجع، قال أبو إسحاق المروزى: كان كالحاكم فيما يرى مِنْ بيعها أو بيع بعضها أو إجارتها أو الاقتراضِ على صاحبها.

فصل: فإن لم يطالبِ المودَعُ صاحبها بالإنفاقِ عليها مع حضوره، ولا رفع أمرها إلى الحاكمِ فى غيبته، ولم يَسْقها، ولم يَعلْفها حتّى ماتَتْ - نظرْتَ:

فإن لم يكنْ نهاه صاحبها عن ذلك، وقال أهل الخبرة: تموت الدابة فى العادة باحتباس الماء والعلف عنها، فى مثل تلك المدة التى لم يسقها، ولم يعلفها - ضمنها؛ لأنها ماتَتْ بسبب تعدى به، فضمنها؛ كما لو أتلفها.

وإن قالوا: لا تموتُ باحتباسهما عنها فى مِثْلِ تلك المدة - لم يضمنْها؛ لأنه يحتملُ أن يكونَ موتها بحبسهما عنها، ويحتمل أن يكونَ بسببٍ آخرَ؛ فلا يلزمه ضمانها فيه بالشكِّ.

وإنْ كان نهاه عنه بأنْ قال له: لا تسقها ولا تعلفها، وقال أهل الخبرة: تموت الدابّة فى العادة باحتباس الماء والعلف فى مثل تلك المدة التى لم يسقها ولم يعلفها فيها - ففيه وجهان:

قال أبو سعيد الإصطخرى: يلزمه ضمانها؛ لأنه لا حكم لنهيه عنه؛ لأنه يجبُ عليه سقيها وعلفها مع النّهى، فإذا تَركَ ذلك، ضمنها؛ كما لو لم ينهه عن السقى والعلف.

وقال أبو العَبَّاس بن سريج، وأبو إسحاق المروزى: لا يلزمه ضمانها؛ لأنَّ الضمان يجبُ لحق المالكِ، وقد رضى بإسقاطِهِ؛ كما لو أمره بقَتْلِ عبدٍ له، فقتله، لم يجبْ عليه قيمته، وإن كان لا يجوزُ له قتله.

فصل: وإن أتلَفَ المودَع بعض الوديعة - نظرت:

فإن كان مما لا يدخلُ به النقْص على الباقى: كالحبوب والأدْهان، لزمه ضمان ما أتلفَهُ دون الباقى؛ لما ذكرناه فى الدراهم إذا أخذ بعضها.

وإن كان مما ينقصُ به قيمة الباقى: فإنْ كان ما أتلفه متصلًا بالباقى: كالثوب إذا قطع بعضه، والكيس الذى فيه الدراهمُ إذا خرقَ منه ما فوق الشدّ أو ما تحته، والدابّة إذا قطع طرفًا منها. ضَمِنَ الجميعَ؛ لأنه جَارَ بذلك على جميعه.

وقيل: إن كان عامدًا، ضمن الجميع، وإن كان خطأ، ضمن مَا أتلفَهُ، وفى الباقى

وجهان:

أحدهما: يضمن الجميع.

والثانى: يضمن ما أتلفه دون الباقى.

والصحيح هو الأوَّل؛ لأنَّ العمد والخطأ فى حقوقِ الآدميين سواء؛ فإن مَنْ رمى الصيد، فأصاب مال غيره، يجب عليه ضمانه، كما يجبُ عليه إذا قصده بالإصابة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل): إذا أخرج الوديعة من الحرز لمصلحةٍ لها؛ كإخراج الثياب للتشرير، لم يضمن؛ لأن ذلك من مصلحة الوديعة ومقتضى الإيداع فلم يضمن به.

وإن أخرجها لينتفع بها؛ ضمنها؛ لأنه تصرف فى الوديعة بما ينافى مقتضاها، فضمن به، كما لو أحرزها فى غير حرزها.

فإن كان دابةً، فأخرجها للسقى والعلف إلى خارج الحرز: فإن كان المنزل ضيقًا، لم يضمن؛ لأنه مضطر إلى الإخراج، وإن كان المنزل واسعًا، ففيه وجهان:

أحدهما: يضمن؛ (لأنه مضطر) وهو المنصوص، وهو قول أبى سعيدِ الإصطخرى - لأنه أخرج الوديعة من حرزها من غير حاجةٍ، فضمنها كما لو أخرجها ليركبها.

والثانى: أنه لا يضمن - وهو قول أبى إسحاق - لأن العادة قد جرت بالسقى، والعلف خارج المنزل وحمل النص عليه، إذا كان الخارج غير آمنٍ، وإن نوى إخراجها للانتفاع؛ كاللبس، والركوب، أو نوى ألا يردها على صاحبها، ففيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها - وهو قول أبى العباس -: أنه يضمن، كما يضمن اللقطة إذا نوى تملكها.

والثانى - وهو قول القاضى أبى حامدٍ المروروذى: أنه إن نوى إخراجها للانتفاع بها؛ لم يضمن، وإن نوى ألا يردها؛ ضمن؛

لأن بهذه النية صار ممسكًا لها على نفسه، وبالنية الأولى لا يصير ممسكًا على نفسه.

والثالث - وهو قول أكثر أصحابنا -: أنه لا يضمن؛ لأن الضمان إنما يكون بفعلٍ يوقع فى العين، وذلك لم يوجد.

(الشرح) قوله: «كإخراج الثياب للتشرير»[١] شر الثوب وشرره ونشره: إذا بسطه فى الشمس ليجف.

ذكره فى ديوان الأدب[٢].

وكذلك: شررت الأقِطَ أَشُرُّهُ شرًّا: إذا بسطته على خَصفَةٍ لِيَجِفَّ.

الأحكام: إن أخرج الوديعة من الحرز لمصلحةٍ لها: كإخراج الثيابِ للنَّشْر - لم يضمنْ به؛ لأنَّ ذلك من مصلحة الوديعةِ، ويقتضى الإيداع ذلك، فلم يضمنْ به. فإن ترك نشر ما يفسد بترك نشره: كالخَزِّ، والصوفِ - ضمن. وإن كان شىء من الثياب لا يتخلَّص من ورود الفسادِ عليه إلا باللُّبْس ووصول ريح الآدمىِّ إليه - جاز له لبسه؛ لذلك: لأن فيه مصلحةً له، فأشبه النَّشْر.

فصل: وإن أخرج الوديعة مِنَ الحرز لينتفعَ بها، مِثْل أن يخرج الدراهم من الكِيس لينفقها، أو الثوب من الصندوق ليلبسه، أو الدابة من الإصطبل ليركبها - ضمنها، سواء انتفع بها أو لم ينتفع.

وقال أبو حنيفة: لا يضمنها قبل الانتفاع بها.

دليلنا: هو أنه تصرف فى الوديعة ينافى مقتضاها، فضمنها به؛ كما لو أحرزها فى غير حرزها، ولأنه إيقاعُ فعل فى الوديعة لا يقتضيه الإيداع؛ فأوجَبَ الضمان، كتحريق الثوبِ أو لبسِهِ وركوب الدابَّة، ولأنه أخرجها لمنفعةِ نفسه؛ فهو كما لو كانتِ الوديعةُ عبدًا فبعثه فى حاجة، فهلك قبل أن يصل إلى موضع الحاجة.

قالوا: معنى لا يوجبُ الضمانَ من غير نيَّة؛ فلا يوجبُ مع النية، كالإمساك.

قلنا: الإخراجُ من غير نيَّة يقتضيه الإيداعُ، ومع النية: لا يقتضيه. وإذا أمسك ونوىَ ألَّا يرد، ضمن فى أحد الوجهَيْن. ثم ذلك نيَّة مجَّردة، وهذا نيَّة اتصلَتْ بفعل خرج بها عن مقتضى الإيداع؛ فوجب بها الضمان.

فصل: فإن كانتِ الوديعةُ دابَّة فإن علفَهَا وسقاها فى دارٍ بنفسه أو بغلامه، جاز، ولا ضمان عليه؛ لأنَّ العادة قد جرت بأنَّ الذى يتولَّى علف البهيمة وسَقْيها سائسها، فكان مأذونًا فيه من جهة العرف.

---

(١) ينظر النظم (٢/ ١٥).
(٢) (٣/ ١٢٢، ١٦٩).

وإن أخرجها مِنْ منزله للسقى والعلف. نظرت:

فإن كان الذى أخرجها إليه دون إصطبله فى الحرزِ، أو يمكن فيه للغلام الخيانة فى العَلف - ضمنها.

وإن كان مِثْلَهُ فى الحرز: فإنْ كان الإصطبل الذى فى منزله ضيقًا لا يسعُ بهائمه والوديعةَ، أو لم يكنْ فى داره موضع لذلك. لم يلزمْهُ ضمانها؛ لأنه مضطرّ إلى الإخراجِ.

وإن كان المنزل واسعًا، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يضمنُ، وهوالمنصوص، وهو قول أبى سعيدٍ الإصطخرىّ؛ لأنه أخرَجَ الوديعة من حِرْزها من غير حاجةٍ؛ لأنَّ إصطبل بيته أحرز، ومن الجناية أبعد؛ فضمنها، كما لو أخرجها ليركبها.

والثانى: لا يضمنها، وهو قول أبى إسحاق المرزوى؛ لأن العادة قد جرتْ بالسقى والعلف خارج المنزل؛ فكان مثله فى الحرز. وحمل النصّ عليه إذا كان الخارج غير آمن؛ فيلزمه الضمان لذلك. فإن ركب الدابة عند السقى لدفع الجماح، فقد قيل: لا ضمان عليه.

فصل: وإنْ نوى إخراجَ الوديعةِ للانتفاع بها: بأنْ نوى أن ينفقَ الدراهم، أو يلبس الثوب، أو يركب الدابة، ولم يفعلْ ذلك، أو نوى ألّا يردها على صاحبها، ولم يجحدها. ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها - وهو قول أبى العباس بن سريج -: أنه يضمن بذلك؛ كما يضمنُ اللُّقطة إذا نوى تملُّكها. فإنِ التقطها بنيَّة أنْ ينفقها من غير أن يعرِّفها: فإنَّه يضمنها.

والثانى - وهو قول القاضى أبى حامد المروزى -: أنه إن نوى إخراجَهَا للانتفاعِ بها، لم يضمنْ، وإن نوى ألّا يردَّها، ضمن؛ لأنه بهذه النية صار ممسكًا لها على نفسه، وبالنيَّة الأولى: لا يصير ممسكًا لها على نفسه.

والثالث - وهو قول أكثر أصحابنا -: أنه لا يضمنُ وهو الصحيحُ؛ لأن الضمان إنما يكونُ بفعل يوقعه فى العين، أو قولٍ وهو أن يجحدها، وذلك لم يوجد؛ فلم يضمنْ، كما لو لم ينو. ويفارق اللقطة؛ لأنَّ هناك قارنَتِ النية الأخذ فضمنها، وهاهنا: قد ثبت الإيداع قبل النية؛ فلا تزول عنه بالنية.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أخذت الوديعة منه قهرًا؛ لم يضمن؛ لأنه غير مفرطٍ فى ذلك.

وإن أكره حتى سلمها؛ ففيه وجهان؛ بناءً على القولين فيمن أكره حتى أكل فى الصوم.

أحدهما: أنه يضمن؛ لأنه فوت الوديعة على صاحبها؛ لدفع الضرر عن نفسه، فأشبه إذا أنفقها على نفسه؛ لخوف التلف من الجوع.

والثانى: أنه لا يضمن؛ لأنه مكره، فأشبه إذا أخذت بغير فعلٍ من جهته.

(فصل) وإن طالبه المودع برد الوديعة، فأخر من غير عذرٍ - ضمن؛ لأنه مفرط، فإن أخرها لعذرٍ - لم يضمن؛ لأنه غير مفرطٍ.

(فصل) وإن تعدى فى الوديعة، فضمنها، ثم ترك التعدى فى الوديعة؛ لم يبرأ من الضمان؛ لأنه ضمن العين بالعدوان؛ فلم يبرأ بالرد إلى المكان؛ كما لو غصب من داره شيئًا ثم رده إلى الدار، فإن قال المُودِعُ: أبرأتك من الضمان، أو أذنت لك فى حفظها؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يبرأ من الضمان - وهو ظاهر النص - لأن الضمان يجب لحقه، فسقط بإسقاطه.

والثانى: أنه لا يبرأ حتى يردها إليه؛ لأن الإبراء إنما يكون عن حق فى الذمة، ولا حق له فى الذمة، فلم يصح الإبراء.

(الشرح) قوله: «قهرًا»: القهر: الغلبة والأخذ من فوق على طريق التذليل.

قهره، كمنعه، قهرًا: غلبه. ويقال: قهره: إذا أخذه قهرًا من غير رضاه[(١)].

الأحكام: إذا أخذتِ الوديعة منه قهرًا منْ غيرِ أنْ يوجد منه فعْلٌ، لم يضمنْ؛ لأنه غير مفرط فى ذلك، وإن أكره حتى سلم بنفسه، لزم المكْرِهَ ضمانها، وفى المكْرَه وجهان؛ بناءً على القولَيْن فيمن أكره على أكل فى الصوم -:

أحدهما: أنه يضمن؛ لأنه فوّت الوديعة على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه؛ فأشبه إذا أنفقها على نَفْسِهِ لخوف التلف من الجوع.

والثانى: أنه لا يضمن؛ لأنه مكره؛ فأشبَهَ إذا أخذت بغير فعل من جهته.

(١) ينظر تاج العروس (١٣/ ٤٩٥).

وإن أكره حتى دلَّ عليها، فهو على الوجهين فيمن أكره حتى سلَّمها بنفسه.

ولا إثم عليه فى المسألتَيْن جميعًا؛ لأن له أن يقى نفسه بمال غيره.

وقيل: إن كان قد دلَّ عليها ابتداء من غير خوف، حتى أخذتْ - ضمن، وإن كان أُكرِهَ عليه، لم يضمنْ.

وإن أمكنه أن يدفعه عنها، فلم يفعلْ - ضمنها؛ لأنه مفرّط فى ذلك. وكذلك إن قدر على إخفائها، فلم يفعل - ضمنها.

فإن طلب منه المكرِه أن يحلفَ بالله، حلَفَ، وكَفَّر عن يمينه؛ لأنه يجوزُ أنْ يحلف كاذبًا إذا كان مقصودُهُ حِفْظَها على المالك، كما لو أكره على كَلمةِ الكُفْر، فأتى بها، لِحفْظِ النفس.

وإن حلف بالطلاق، وقع الطلاق؛ لأنه قدر على الخلاص منه بدَفْع الوديعة.

وإن سلَّم الوديعة، ولم يحلفْ، لزمه ضمانها؛ لأنه قدر على أن يحفظها بالطلاق، فهو كما لو أكره على طلاق إحدى امرأتَيْهِ لا بعينها، فطلَّق إحداهما بعينها، هكذا ذكَرَهُ بعض الأصحاب.

وإذا جحد الوديعة مع غير المالك، لم يلزمه ضمانها؛ لأنَّ العادة فى الوديعة إخفاؤها، فأمَّا مع المالك: فقد سبق بيانه.

فصل: وإنْ طالبه المودعُ بردِّ الوديعة، فأخَّر الردَّ من غير عذر، مثل أن يكون قاعدًا على باب حانوته أو منزله متمكِّنًا من ردِّها - ضمنها؛ لأنه مفرِّط: لأنَّ تأخيرها عنه مع القدرة على الردِّ - على ما جرَتْ به العادة - تعدٍّ منه؛ فضمنها بذلك.

فإن قال بعد ذلك: كنْتُ رددتها إليه، أو قال: كانت قد تلفتْ قبل أن يطلبها منه منْ غير تفريطٍ لم يقبل قوله؛ لأنَّ خيانته قد ظهرت بما ظهر منه من المنع.

فإنْ أقام البينةَ على ذلك، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يسقطُ عنه الضمان؛ لأنه تبيَّن بذلك ردَّها أو تلفها فى حال الأمانةِ؛ فلا يلزمه ضمانها.

والثانى: لا يسقط؛ لأنه حين منعه تبيَّن أنه كان ممسكًا لها على نَفْسه، وهكذا بالبيِّنة.

فصل: إن أخَّر ردَّها لعذرٍ، مثل: أن يكون فى الحمَّامِ، أو مشغولًا بالأكْلِ، أو خاف فوت الجمعةِ أو غيرِها مِنَ الصَّلوات الخمس، أو يكون حاقنًا، أو يكون ذلك

بالليل، أو لا يجد المفتاح، أو ما أشبه ذلك - لم يضمنها؛ لأنه غير مفرِّط: لأن الأمانة يجبُ ردّها على ما جرَتْ به العادة، ولم تجرِ العادةُ بردِّها فى مثلِ هذه الأحوالِ، ولا جرتِ العادةُ فيها بكسر القُفْلِ؛ فلم يضمنْ.

فإن تلفتِ الوديعة قبل زوالِ العذرِ، أو بعد زوال العذر فى حالِ اشتغاله بردِّها، لم يضمنها؛ لما بيَّناه.

وقيل: يلزمه ضمانها؛ لأنه إنما جاز التأخير بشرطِ سلامةِ العاقبةِ. وليس بشىء؛ لأنه إذا لم ينسبْ فيه إلى التفريط، لم يجز أن يلزمه الضمان.

فصل: وإن امتنع من ردِّها حتى يشهد على نفسه بالقَبْض، ففيه وجهان:

أحدهما: له أن يمتنع حتى يشهد على نفسه بالقبض.

والثانى: أنه ليس له أن يمتنعَ.

وقد مضى توجيههما.

وقيل: إن كان هناك حال يتوقَّع فيه الخوف من سلطان يتعقَّب ذلك، أو كان قد أشهد عليه حال الدفع - فله أن يمتنعَ حتى يشهد، وإن كان بخلافه، فلا يجوز له الامتناع.

فصل: وإن طالبه بالرد، فأنكَرَ الإيداعَ، لزمه ضمانها. وإن لم يطالبْهُ بردِّها، ولكنْ قال: لى عندك وديعتى، فسكت - لم يضمن. وإن أنكره، فقد قيل: فيه وجهان:

أحدهما: أنه يضمن؛ لأن إنكاره وجد بعد دعوى المالكِ؛ فصار كما لو طلب الرد.

والثانى: لا يضمن؛ لأن الإنكار يكونُ بعد الطلبِ، وهاهنا: لم يوجدِ الطلب.

وَإِنْ أذن للمودَع أنْ يسلِّم الوديعة إلى وكيل له، فتلفَتْ بعد أن أمكنه الدفع، وقبل أن يطالبه الوكيل بالدفع - فقد قيل: فيه وجهان:

أحدهما: أنه يلزمه ضمانها.

والثانى: لا يلزمه وهو الأظهر.

فصل: وإنْ تعدى فى الوديعة بأنْ أخرجها من الحرز لغير حاجةٍ، أو كان ثوبًا فلبسه، أو دابة فركبها، ثمَّ ترك التعدِّى بأنْ ردها إلى الحرزِ - لم يبرأْ من الضمانِ.

وقال أبو حنيفة[١] : يبرأ.

دليلنا: هو أنه ضمن العين لعدوانٍ؛ فلم يبرأ بالردِّ إلى المكان؛ كما لو غصب من داره شيئًا ثم ردَّه إلى الدار، ولأنه ضمن الوديعة بالعدوان؛ فبطل الائتمان؛ كما لو جحد، ثم اعترف.

فإن قيل: إذا جحد فقد عزل نفسه؛ فارتفع العقد، وهاهنا: لم يرتفِعْ العقد.

قيل: لو كان الضمان بحكم العزل، لما ضمن حتى يتمكَّن من الرد؛ كما لو عزل نفسه، فلمَّا ضمن في الحال، دل على أنه ضمن بحُكْم العدوان، ولأن الوديعة ارتفعَتْ؛ فلا تعود بإعادتها؛ كما لو ردَّها على صاحبها.

والدليلُ على أنها قد اِرتفعَتْ: أنها عقد أمانة، والضمان ضدّها، فإذا طرأ الضمان، ارتفع العقد؛ كالتحريم لمَّا كان ضدَّ الحلِّ: إذا طرأ على النكاح ارتفع النكاح، ولأنه لو استأجر دابة أو استعارها إلى حلب، فجاوز بها إلى حران، ثم ردَّها إلى حلب - لم يبرأ من الضمان؛ فكذلك هاهنا.

---

(١) قال في تبيين الحقائق (٥/ ٧٨): قال - رحمه الله -: (وإن تعدى فيها، ثم زال التعدى زال الضمان، بخلاف المستعير والمستأجر وإقراره بعد جحوده) . . . ولنا: أنه مأمور بالحفظ، وقد وجد، وهذا؛ لأن الأمر بالحفظ مطلق فيتناول الأوقات كلها، فإذا خالف في البعض، ارتفع حكم العقد في ذلك البعض فإذا رجع إلى الوفاق في غيره أتى بالمأمور به فيه؛ فارتفع الخلاف ضرورة فتعود الأمانة، كما إذا استأجر أجيرا للحفظ في مدة فترك الحفظ في بعضها، ثم عاد - فإنه يستحق الأجر بقدره، بخلاف المستعير والمستأجر للعين إذا تعدى في العين المستعارة والمستأجرة، ثم زال التعدى حيث لا يبرأ عن الضمان؛ لأن البراءة من الضمان إنما تكون بإعادة يد المالك حقيقة أو حكما ولم يوجد ذلك؛ لأن قبضهما العين كان لأنفسهما لاستيفاء المنافع، فإذا تركا الخلاف لم يوجد الرد إلى صاحبها لا حقيقة ولا حكما، بخلاف المودع فإن يده يد المالك حكما؛ لأنه عامل له في الحفظ، فإذا ترك الخلاف فقد ردها إلى يد صاحبها حكما فبرئ؛ إذ هو نائب عنه .

وقال في الإنصاف (٦/ ٣٣٠): قوله (وإن تعدى فيها، فركب الدابة لغير نفعها، ولبس الثوب، وأخرج الدراهم لينفقها) أو لشهوة رؤيتها (ثم ردها أو جحدها، ثم أقر بها، أو كسر ختم كيسها) وكذا لو حله: ضمنها، إذا تعدى فيها ففعل ما ذكر غير جحودها، ثم إقراره بها - فالصحيح من المذهب: أنه يضمنها، وعليه الأصحاب . وجزم به في المغني، والمحرر، والشرح، والوجيز، وغيرهم . وقدمه في التلخيص، والفروع، والفائق، وغيرهم . وقال في الفائق: ونقل البغوى ما يدل على نفى الضمان . وقيل: لا يضمن إذا أخرج الدراهم لينفقها، أو لشهوة رؤيتها، ثم ردها . اختاره ابن الزاغوني . وعنه: لا يضمن إذا كسر ختم كيسها، أو حله .

فإن قيل: يد المستأجر والمستعير ليسَتْ يدًا للمالك، ويد المودع يده.

قيل: إلا أنه مأذون له فى الإمساكِ؛ فهو كيده.

قالوا: الأمر بالحفظ باقٍ بعد التعدِّى؛ لأنه أمر مطلق فى الأزمانِ؛ فلا يسقط بالمخالفة؛ كالأَمْرِ بصوم رمضان لا يبطلُ بالفطر فى يومٍ منه، وكأمر الوكيل ببيعِ الثوبِ لا يبطل بلبسه.

قلنا: وإن كان مطلقًا إلا أنه تقيَّد بالعرف؛ فيكون معناه: احفظْ ما دمْتَ أمينًا؛ لأنَّ الإنسان لا يستودعُ فى العادة خائنًا؛ فيصير كأمر الله - تعالى - إذا وقَّته بوقت، ثم الصوم حجة لنا؛ لأنه إذا تعدَّى فى يوم منه بطل الأمر فيه؛ فكذلك إذا تعدَّى فى الوديعة، وجب أن يبطلَ الأمر فيها، ولأنَّ الأمر هناك لا يسقط بالجحود، وهاهنا يسقط بالجحود، ولأنَّ الأمر هناك يتجدَّد فى كل يوم؛ فوزانه: أنْ يحدث له استئمانًا، والوكيل لا يسلم على أحد الوجهَيْن، ثمَّ الوكالة تتضمَّن أمانة وتصرفا؛ فإذا بطَلَ أحدهما، بقى الآخر، كملك اليمين إذا بطَلَ فيه الحلّ، بقى الملك، والوديعة لا تتضمَّن إلا الأمانة، فإذا بطلَتِ الأمانة، لم يَبْقَ شىء؛ كالنكاح إذا بطَلَ فيه الحلّ.

قالوا: يده كيده؛ فصار كما لو أخذها منه، ثم ردَّها إليه.

قلنا: يده كيده ما دام أمينًا، فأمَّا إذا خرج عن الأمانة، فلا؛ كما قالوا فى المستأجر والمستعير.

فصل: وإنْ قال المودِعُ: أبرأتُكَ من الضمانِ، أو أذِنْتُ لك فى حِفْظها - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يبرأ من الضمانِ، وهو ظاهر النص؛ لأن الضمان يجبُ لحقه؛ فسقط لإسقاطه؛ كما لو أبرأه عن حقٍّ له فى ذمَّته.

والثانى: أنه لا يبرأ حتى يردَّها إليه؛ لأنَّ الإبراء إنما يكونُ فى حقِّ الذمَّة، ولا حق له فى ذمَّته مع بقاء العَيْن؛ فلم يصحَّ الإبراء.

والأوَّل أصحُّ.

فصل: ولا يجوزُ له أن يأخذَ الوديعة؛ لينفقها، وتكون قرضًا عليه؛ لقوله ﷺ «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، إلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ».

فإن فعل، ضمنها؛ لوجود التعدِّى والخيانة، فإن عزل قدرَها من ماله، وجعله

بدَلَ الوديعة، لم يَزُلْ بذلك عنه الضمان.

وقال مالك: يزول.

دليلنا: قوله - ﷺ - «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتى تُؤَدِّيَهُ»[(١)] ، ولأن الوديعة صارتْ بالإنفاقِ دَيْنًا فى ذمَّته، ومَنْ عليه دَيْن لا يسقطُ عنه بأن يعزلَ قدره مِنْ ماله لصاحبه.

قالوا: الضمانُ وجَبَ عليه بالأخذ، فإذا زال ذلك، وجَبَ أن يزولَ الضمان.

قلنا: لا نسلِّم أن الضمان وجَبَ بالأخذ؛ وإنما وجَبَ بالتعدِّى، والتعدِّى لا يزول بعزله، ثم تبطل بالرهن والغصب.

قالوا: له فيه تأويل؛ لأن الصحابة - رضى الله عنهم - قد كانت تستقرض أموال الأيتام وتقرضها.

قلنا: لا نسلم؛ لأنه لم يصح عن أحد منهم أنه فعل ذلك إلا على وجه يجوز له ذلك فيه.

فصل: إذا سرقت الوديعة من يد المودع، والمغصوب من يد الغاصب - لم يجز لهما مخاصمة السارق.

وقال أبو حنيفة[(٢)] : لهما مخاصمته، ويقطع السارق بخصومتهما.

دليلنا: هو أنه جناية توجب عقوبة؛ فلا يجوز للمودع والغاصب الخصومة فى إثباتها؛ فحكم الإيداع والغصب كالقتل.

---

(١) تقدم .

(٢) قال فى الهداية مع فتح القدير (٥/ ٤٠١): (وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم) ولرب الوديعة أن يقطعه أيضا، وكذا المغصوب منه . وقال زفر والشافعى: لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع . وزفر يقول: ولاية الخصومة فى حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر فى حق القطع؛ لأن فيه تفويت الصيانة . ولنا: أن السرقة موجبة للقطع فى نفسها، وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا؛ إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفى القطع . والمقصود من الخصومة: إحياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر، ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن؛ فإنه يقطع بخصومته فى ظاهر الرواية وإن كانت شبهة الإذن فى دخول الحرز ثابتة .

وقال فى مواهب الجليل (٦/ ١٤٧): قال فى الذخيرة، فى كتاب الوديعة، الفرع الثامن: قال صاحب الإشراق: إذا سرقت الوديعة ليس للمودع مخاصمة السارق إلا بتوكيل منك وقال أبو حنيفة: له ذلك بناء على أن الخصومة فى الأملاك للملاك ومن ليس مالكا فلا خصومة له انتهى .

ولأن من لم يملك المخاصمة إذا ادعى عليه ملك العين لم يخاصم إذا سرقت منه العين؛ كالسارق إذا سرقت منه.

ولأنه لو كانت الخصومة من مقتضى الإيداع، لضمن بتركها؛ كالحفظ.

قالوا: المودع له حق اليد؛ للحفظ، والغاصب له حق اليد؛ للضمان، فإذا ثبتت اليد، جاز أن يخاصم لإعادتها؛ كالمالك.

قلنا: المالك يجوز أن يخاصم في ملكه، وهذا لا يخاصم، والمالك يخاصم إذا ادعى عليه العين، وهذا لا يخاصم.

قالوا: لا يتوصل إلى المأمور به إلا بها؛ فكان الأمر بالوديعة أمرًا بالمخاصمة، كالطهارة للصلاة.

قلنا يبطل به إذا قال: خذ مالى من زيد واحفظه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) إذا اختلف المودع والمودع، فقال: أودعتك وديعةً، وأنكرها المودع - فالقول قوله؛ لما روى ابن عباسٍ - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «لو أن الناس أعطوا بدعاويهم، لادعى ناس من الناس دماء ناسٍ، وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه (والبينة) (على) من أنكر» ولأن الأصل أنه لم يودعه؛ فكان القول قوله.

(الشرح) أما حديث ابن عباس: «لو أن الناس أعطوا . . .» فقد تقدم تخريجه.

الأحكام: إن ادعى على رجل أنه أودعه عبدًا ووصفه، أو غيره، فأنكر المدعى عليه - فالقول قوله مع يمينه؛ لما روى ابن عباس - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال «لَوْ أَنَّ النَّاسَ أُعْطُوا بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ مِنَ النَّاسِ دِمَاءَ نَاسٍ وَأَمْوَالَهُمْ، لَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ». ولأن الأصل أنه لم يودعه؛ فكان القول قوله مع يمينه.

فصل: وإن كان فى يد رجل عبد أو غيره، فادعى رجلان كل واحد منهما أنه أودعه جميع ذلك الشىء - نظرت:

فإن أنكرهما وقال: بل هو لى، فالقول قوله مع يمينه؛ لما ذكرناه، وعليه أن يحلف لكل واحد منهما يمينًا على الانفراد.

وإن أقر به لأحدهما بنصفه، دفعه إليه، وهل يحلف للآخر؟ بنى على القولين فيمن أقر لزيد ثم أقر لعمرو هل يغرم لعمرو: فيه قولان:

فإن قلنا: لا يغرم، لم يحلف؛ لأن اليمين إنما تعرض ليخاف؛ فيقر، ويغرم،

ولو أقر لم يلزمه شيء؛ فلا معنى لفرض اليمين.

وإن قلنا: يغرم، حلف؛ لأنه ربما خاف فأقر فيلزمه الغرم.

فإن أقر له أيضًا، لزمه قيمته له، وإن حلف سقطت دعواه، وإن نكل ردت اليمين على المدعى، فإن حلف.

فإن قلنا: إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة، لزم إقراره للأول، ويحكم بالشيء للثاني، وهذا بعيد.

وإن قلنا: إنه كالإقرار، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يقسم بينهما نصفين، كما لو أقر لهما معًا.

والثاني: أنه يؤخذ من الأول، ويوقف بينهما حتى يصطلحا؛ لأن مع الأول إقرار ومع الثاني ما هو أقوى من الإقرار؛ فوقف.

والثالث: أنه يكونُ للأوَّل، ويغرم للثاني قيمته، وهو المذهَبُ؛ كما لو أقرَّ له بعد إقراره الأوَّل.

وإن أقرَّ لهما جميعًا في الابتداء، دفع إليهما، وكان بينهما نِصْفَيْنِ، وحكمه مع كلِّ واحد منهما في النِّصْفِ الذي أقر به الآخر: حكمه إذا أقر بجميعه أحدهما، وقد بيَّنَّاه.

وإنْ قال: هو لأحدكما، ولا أعلم أيكما الذي هو له - بأنْ يكون قد نسي الذي أودعه منهما -:

فإنْ صدَّقاه في ذلك، لم يلزمه شيء، وكانت بينهما بعد أعيانهما، وهل يقِّر ذلك في يده أمْ يؤخذ منه، ويجعلُ في يد أمين؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه ينقلُ؛ لأنه قد اعترف أنه لا حَقَّ له فيه؛ فينقل عنه.

والثاني: أنَّه يقر في يده؛ لأنه لا فائدة في نقله؛ فإنَّه مودع، ولم تظهرْ منه خيانة، فأقرَّتْ في يده.

وإن لم يصدِّقاه؛ بل قالا: إنَّك تعلم لِمَنْ هي مِنَّا - فالقولُ قولُهُ مع يمينه؛ لأنه لو أقر بها لأحدهما، كانَتْ له، فإذا ادعى عليه العلْم، سُمِعَتْ دعواه، ولزمه أن يحلف، ويكفيه أن يحلف يمينًا واحدة لهما جميعًا.

وقال أبو حنيفة[1]: يحلفُ لكلِّ واحد منهما يمينًا.

---

(١) قال في بدائع الصنائع (٦/ ٢١١): ولو كان في يده ألف درهم، فجاءه رجلان وادعى كل =

دليلنا: هو أنَّ الذى يدعى عليه أمر واحد، وهو العلم بعين المالك؛ فكفاه يمين واحدة. ويفارق إذا أنكرهما؛ لأنَّ هناك كل واحد منهما يدّعى عليه أنها له؛ فهى دعوتان. فإذا حلَفَ، كان كأنَّهما صدَّقاه، وهل تقرُّ فى يده أو تسلَّم إلى غيره من الأمناء؟ هو على القولَيْن.

وإن نكل عن اليمين، رُدَّت اليمين عليهما، فإن حلف أحدهما، وامتنع الآخر. حُكِمَ به للحالف. وإن حلفا جميعًا، أو نكلا جميعًا - ففيه قولان:

أحدهما: أنه يقسَّم بينهما، كما لو أقرَّ به لهما.

والثانى: يوقف حتى يصطلحا، وبه قال ابن أبى ليلى؛ لأنه لا يعلم المالك منهما، قال فى «الإيضاح»: ومعنى قول الشافعى: وقيل لهما: هل تدَّعيان شيئًا غير هذا - إنما قصد به أبا حنيفة؛ حيثُ زعم أنهما إذا ادَّعياها، فقال المودع: لا أدرى أيكما أودعنيها - أنها تجعلُ بينهما نصفَيْن، ثمَّ يؤخذ منه قيمتها، تقسّم بينهما نصفَيْن؛ لأنه بنسيانه عيْن من أودعه منهما، صار فى حكم المفرّط. قال: وليس كما قال.

= واحد منهما أنه أودعه إياها، فقال المودع أودعها أحدكما ولست أدرى أيكما هو، فهذا فى الأصل لا يخلو من أحد وجهين: إما أن يصطلح المتداعيان على أن يأخذا الألف وتكون بينهما . وإما ألا يصطلحا، ويدعى كل واحد منهما أن الألف له خاصة لا لصاحبه، فإن اصطلحا على ذلك فلهما ذلك، وليس للمودع أن يمتنع من تسليم الألف إليهما؛ لأنه أقر أن الألف لأحدهما وإذا اصطلحا على أنها تكون بينهما، لا يمنعان عن ذلك، وليس لهما أن يستحلفا المودع بعد الصلح، وإن لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما أن الألف له، لا يدفع إلى أحدهما شيئا؛ لجهالة المقر له الوديعة، ولكل واحد منهما أن يستحلف المودع فإن استحلفه كل واحد منهما، فالأمر لا يخلو: إما أن يحلف لكل واحد منهما، وإما أن ينكل لكل واحد منهما، وإما أن يحلف لأحدهما وينكل للآخر، فإن حلف لهما فقد انقطعت خصومتهما للحال إلى وقت إقامة البينة، كما فى سائر الأحكام، وهل يملكان الاصطلاح على أخذ الألف بينهما بعد الاستحلاف؟ هو على الاختلاف، والمعروف بين أبى حنيفة وأبى يوسف، وبين محمد، على قولهما لا يملكان، وعلى قول محمد يملكان، وهى مسألة الصلح بعد الحلف، وقد مرت فى كتاب الصلح . وإن نكل لهما يقضى بالألف بينهما نصفين، ويضمن ألفا أخرى بينهما، فيحصل لكل واحد منهما ألف كاملة؛ لأن كل واحد منهما يدعى أن كل الألف له، فإذا نكل له والنكول بذل أو إقرار، فكأنه بذل لكل واحد منهما ألفا، أو أقر لكل واحد منهما بألف، فيقضى عليه بينهما بألف، ويضمن أيضا ألفا أخرى تكون بينهما؛ ليحصل لكل واحد منهما ألف، كما لو حلف لأحدهما ونكل للآخر، قضى بالألف للذى نكل له، ولا شىء للذى حلف له؛ لأن النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له .

فإن أقام أحدهما بيِّنة قضى له. وإن أقام كلٌّ واحد منهما بينة، ففيه ثلاثة أقوال:
أحدها: أنهما تسقطان، ويكون الحكم فيه على ما تقدَّم.
والثاني: يقرع بينهما؛ فمَنْ خرجَتْ له القُرْعة، قضى له فى أحد القولَيْن، ولا يمين، وفى القول الآخر: يقضى له بها مع يمينه.
والثالث: تعملان؛ فيقسم الشىء بينهما نصفين.

وقيل: إذا امتنع من اليمين على العلم، حلفا يمين الردّ، وضمن المودع القيمة، وجعلتْ بينهما؛ فيحصل كلّ واحد منهما على نصْفِ العين المودعة، ونصف قيمتها.

فإن قضى بالعين لأحدهما ببيِّنة أو يمين، ردَّ من قضى له بالعين إذا تسلَّمها نصف القيمة إلى المودع، ولم يلزم الآخر ردّ ما قبض من القيمة، وهذا يتجه على القولِ الذى يقولُ: إنه إذا أقَّر بعين لزيد، ثم أقر بها لعمرو - وأنه يلزمُهُ أنْ يغرم لعمرو. فأما على القول الآخر فلا يرد.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

فصل) وإن ادعى أنها تلفت، نظرت: فإن ادعى التلف بسبب ظاهرٍ؛ كالنهب، والحريق - لم يقبل حتى يقيم البينة على وجود النهب، والحريق؛ لأن الأصل ألا نهب ولا حريق، ويمكن إقامة البينة عليها، فلم يقبل قوله من غير بينةٍ.

فإن أقام البينة على ذلك، أو ادعى الهلاك بسببٍ (يخفى) ؛ فالقول قوله مع اليمين أنها هلكت؛ لأن الهلاك يتعذر إقامة البينة عليه، فقبل قوله مع يمينه.

(فصل) وإن اختلفا فى الرد، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه أخذ العين لمنفعة المالك، فكان القول فى الرد قوله.

وإن ادعى عليه أنه أودعه فأنكر الإيداع، فأقام المُودِع بينةً بالإيداع، فقال المُودَعُ: صَدَقَت البينةُ، أودعتنى، ولكنها تلفت، أو رددتها - لم يقبل قوله؛ لأنه صار خائنًا ضامنًا، فلا يقبل قوله فى البراءة بالرد والهلاك.

فإن قال: أنا أقيم البينة بالتلف، أو الرد؛ ففيه وجهان:
أحدهما: أنها تسمع؛ لأنه لو صدقه المدعى؛ ثبتت براءته، فإذا قامت البينة، سَمِعَتْ.
والثانى: لا تسمع؛ لأنه كذب البينة بإنكاره الإيداع، فأما إذا ادعى عليه أنه أودعه،

فقال ما له عندى شىء، فأقام البينة بالإيداع، فقال: صدقت البينة، أودعتنى، ولكنها تلفت، أو رددتها - قبل قوله مع اليمين؛ لأنه صادق فى إنكاره: أنه لا شىء عنده؛ لأنها إذا تلفت أو ردها عليه، لم يبق له عنده شىء، والله أعلم.

(الشرح) الأحكام: إن طالبه صاحبها أو وكيله بالردِّ فادعى أنها تلفَتْ، أو قال له: احفَظْها فى هذه الدار، فنقلها، وهلكَتْ، ثم اختلفا، فقال المودع: نقلْتُها لعذر، وقال المالك: بل نَقَلْتَها لغير عذر - نظَرْتَ:

فإن ادعى التلف، والنقل بسبب ظاهرٍ كالنهب والحريق والسيل - لم يقبلْ قوله حتى يقيم البينة على وجودِ النهبِ أو الحريقِ أو السيلِ؛ لأن الأصلَ أن لا نَهْبَ ولا حَرِيقَ ولا سيلَ؛ ويمكنُ إقامة البينة عليها؛ فلم يقبلْ قوله من غير بينة. فإن أقامَ البينةَ على ذلك، قبل قوله فى تَلَفِها بذلك مع يمينه.

وإنِ ادعى الهلاك مطلقًا بسبب خفىٍّ كالسرقة، فالقول قوله مع يمينه: إنها هلكتْ؛ لأن هنا يتعذرٌ عليه إقامة البيِّنة، فقبل قوله فيه مع يمينه.

ووزان الأوَّل: أن يقول لامرأته: إذا ولدتِّ فأنتِ طالق، فادعَتْ أنها ولدَتْ - لم يقبلْ قولها إلا ببينة؛ لأنه لا يتعذَّر إقامة البينة على الولادة فى الغالب.

ووزان الثانى: أن يقولَ لها: إنْ حضتِى فأنتِ طالق، فادعَتْ أنَّها حاضَتْ - فإنه يقبلُ قولها مع يمينها؛ لأنه يتعذر إقامة البينة عليه.

فصل: وإن اختلفا فى الردِّ، فقال المودع: رددتها إلى المالك، وأنكره المالك: فإن كان الإيداعُ بغير جُعْل. فالقولُ قولُ المودع مع يمينه؛ لأنَّه أخذ لمنفعة المالك؛ فكان القول فى الردِّ قوله. ويفارق المرتهن والمستأجر؛ لأنه أخذها لمنفعةِ نفسهِ.

وإن كان الإيداع بِجُعل ففيه وجهان كالوجهين فى الوكيل بجُعْل، وتوجيههما: ما ذكرناه هناك.

فصل: وإن قال: دَفَعْتُها إلى فلانٍ بأمرك، فأنكر الإذن فى الدفع. فالقولُ قولُ المالك مع يمينه؛ لأنَّ الأصل عدم الإذنِ؛ فصار كما لو قال: أمرتنى بإتلافها، وقال: ما أمرتُكَ.

وحكى عن بعض الناس أنه قال: القولُ قولُ المودع مع يمينه، فإذا حلَفَ، سقط عنه الضمان، كما لو ادعى ردَّها على المالك، فأنكره، وهذا غلط؛ لما ذكرناه. ثم ينظر:

فإنْ أنكر فلان القبضَ، فالقولُ قوله مع يمينه؛ لأن المدعى عليه القبض، لم يأتمنْهُ على المال؛ فلا يقبلُ قوله عليه فى الدفع؛ كالوصى إذا ادعى دفع المال إلى الصبىِّ.

فإذا حلف، استقرَّ الضمان على المودع؛ لأنه لم يثبتْ ما يبرئه.

وإن أقرَّ فلانٌ بالقبض:

فإن كانت العين باقيةً، أخذها وردَّها إلى المالك.

وإن كانتْ تالفةً، فللمالك أن يرجعَ ببدلها على من شاءَ منهما؛ لأنَّ الدافع سلم إلى مَنْ لم يأذنْ له المالك، والقابض أخذ ما لم يكنْ له أخذه. فإنْ ضمن الدافع، لم يرجع على القابض، وإن ضمن القابض، لم يرجع به على الدافع؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما يقولُ: إن ما يأخذه المالكُ ظُلْمٌ؛ فلا يرجعُ به على غير مَنْ ظلمه.

فإن كان فلان غائبًا: فللمالك أن يضمنَ المودع فى الحال، فإنْ حضر فلان، فاعترف:

فإن كانتِ العينُ باقيةً، أخذها وردَّها على المالكِ، ورجع بما غرمه.

وإن كانت العين تالفة، استقرَّ للمالك ما أخذه، ولم يرجع المودع على صاحبِهِ بشىء؛ لما مضى.

وإن صدَّقه المالك فى الإذْنِ فى الدفعِ، وأنكر الدفع بأنْ قال: أذنت لك فى الدفع إلى فلانٍ، ولكنْ لم تدفعْ إليه ذلك - نظرْتَ:

فإن كان أذن له فى دفعها إليه فى دَيْن له عليه، وأقرَّ صاحب الدين بالقَبْض، أو قامتْ به بينة فقد برئ من الدَّيْن، ولا ضمان على الدافع؛ لأنَّ الذى أراد من قضاء الدين قد حصل. وإنْ أنكر القبض، ولم يكنْ أشهد عليه - فالقولُ قوله مع يمينه؛ لأنَّ صاحب الدَّيْن لم يأتمنْهُ على المال؛ فلا يقبلْ قول المودع عليه فى الدفع؛ كالوصىِّ إذا ادعى دفع المال إلى الصبىِّ بعد بلوغه وثبوت رُشْده، ولا يمين على صاحب الوديعة، وعلى الدافع ضمانها إذا حلف صاحبُ الدَّيْن؛ لأنه فرَّط فى ترك الإشهاد عليه.

وإن صدَّقه المالك على الدفع، فهل يضمن المال للمالك؟ ينظر فيه:

فإن كان الدفع فى غيبة المالك، وأشهد شاهدَيْن، ثم ماتا أو فسقا - لم يضمنْ؛ لأنه لم يفرِّط، وإن لم يشهد، ضمن، وإن صدَّقه المالك عليه؛ لأنه فرَّط؛ لأنه أذن

له فى دفع يبرئ من الحق، ودفع دفعًا لا يبرئ منه.

وإن أشهد شاهدًا واحدًا، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن.

والثانى: يضمن.

وقد مضَى توجيههما فى الوكالة.

وإن كان بمحضر من المالكِ، وأشهد لم يضمن، وإن لم يشهد، ففيه وجهان:

أحدهما: يضمن.

والثانى: لا يضمن.

وقد مضى - أيضًا - توجيههما فى الوكالة.

وإن كان أَذِنَ له فى دفعها إليه على وجه الاستيداعِ:

فإن قلنا: إنه يجب عليه أن يشهد على الدفع فى الوديعة، فالحكْمُ فيه على ما ذكرناه فى الإذنِ فى الدفعِ فى قضاء الدَّيْن.

وإن قلنا: لا يجبُ عليه أنْ يشهد على دفع الوديعةِ، فادعَى دفعها إلى فلانٍ، وأنكر المالك وفلان - فالقولُ قولُ فلان مع يمينِهِ: أنه لم يدفعْ إليه؛ لأنَّ فلانًا لم يأتمنْهُ عليها؛ فلا يقبل قوله عليه؛ كالوصى إذا ادعَى دفع المال إلى الصبىِّ. والقولُ قولُ المالك - أيضًا - مع يمينه؛ لأنه لم يثبتِ الدفع؛ فلزمه ضمانها؛ كما لو ادعى التلَفَ بسبب ظاهر؛ فلم يثبت السبب.

وذكر فى «الإيضاح» وجهًا آخر: أنَّ القول قولُ المودع؛ كما لو ادعَى الردَّ على المالك؛ فأنكره.

قال: ونظيره فى الرهن إذا قال: قد وطئتُ بأمرك، فقال: أمرتُكَ، لكنْ لم تفعلْ.

وإن صدَّقه المالك، فلا يمينَ عليه ولا ضمان؛ كما لو ادعى التلَفَ من غير تفريطٍ، وصدَّقه عليه. وإن صدَّقه فلان، ثبت الدفع، وبرئ المودع مِنْ ضمانها.

وإن كان قد أمره بالإشهادِ على الدفع، فدفعها، ولم يشهد - ضمنها وجهًا واحدًا؛ لأنه فرَّط؛ فصار كما لو قال: أحْرزها فى البيت، فجعلها فى الحانوت.

فصل: وإنْ وكَّل المودَعُ رجلًا فى دفع الوديعةِ إلى المالكِ بغير إذنِهِ، فادعى الوكيلُ دَفْعَها إلى المالكِ، وأنكره - لم يقبلْ قولُهُ إلا ببينة؛ لأنَّ المالك لم يأتمنْهُ

عليها، فإذا حلف كانَ له أن يضمن مَنْ شاء منهما؛ لما مضَى فى مثله.

وإن أذن له فى التوكيل، وصدَّقه فى التوكيل، فادعى الوكيلُ دَفْعَها إليه، فأنكره - فالقولُ قول الوكيلِ مع يمينه؛ لأنه وكَّله بإذنه؛ فصار كما لو وكَّله بنفسه، وادعَى الدفع إليه. وإنْ كذَّبه فى التوكيل، ففيه وجهان، ذكرهما فى «الإيضاح»:

أحدهما: أن القولَ قولُ المودع فى التوكيلِ، والقولَ قولُ الوكيل فى الدفع، فإذا حلفا، برئا من الضمان؛ كما لو صدَّقه فى التوكيل.

والثانى: أن القولَ قولُ المالك مع يمينه: أنَّه ما وكَّله، ولا قبضه منه؛ لأن الأصل عدم التوكيل والقبض، فإذا حلف، ضمنا جميعًا.

فصل: وإن ادعى على رجل أنه أودعَهُ وديعةً، ووصفها، فأنكر الإيداعَ بأنْ قال: ما أودعتنى شيئًا فأقام المدعى بينة بالإيداع، فقال المودع: صدقَتِ البينة، أودعتنيها، ولكنَّها تلفَتْ، أو قال: رددتها عليك - لم يقبلْ قوله؛ لأنه صار خائنًا ضامنًا بالإنكار الذى سبَقَ منه؛ فلا يقبلُ قوله مع يمينه فى البراءَةِ بالتلفِ أو الردّ.

فإن قال: أنا أقيمُ بينة بالتلف، أو قال: بالرد - نظَرْتَ:

فإن كانتْ تشهد بالتلف أو الرد قبل الجحود - ففيه وجهان:

أحدهما: تسمع؛ لأنه لو صدَّقه المدعى على ذلك، ثبتت براءته، فإذا قامتِ البينةُ به، سمعَتْ ويبرأ.

والثانى: لا تسمع؛ لأنه كذَّب البينة بإنكار الإيداعِ؛ فلم تسمعْ.

فإن كانتْ تشهد بالتلف بعد الجحود، لم تسمعْ؛ لأنه ضمنها بالجحود؛ فلا يسقط عنه الضمان بالتلف بعده، وإن كانتْ تشهد بالردِّ بعد الجحود - قلتُ: سُمِعَتْ؛ لأنها تشهد ببراءته من ضمانها بالرد؛ فسمعت.

فصل: وأمَّا إذا ادعى عليه بأنَّه أودعه، فقال: ما له عندى شيء، أو قال: ما يستحق علىّ شيئًا، فأقام المدعى عليه البينةَ بالإيداعِ، فقال: صدقت البينة، ولكنَّها تلفت، أو قال: رددتها عليه قبل الدعوَى - فالقولُ قوله مع يمينه؛ لأنه صادقٌ فى إنكاره؛ لأنها إذا تلفَتْ قبل الدعوى، أو ردَّها عليه، لم يبقَ له عنده شىء.

فصل: وإن دفع إليه دابَّةً وأمره أن يكريها ممَّنْ يحملُ عليها مائة رطل تبنًا، فأكراها ممن يحمل عليها حديدًا - ضمنها.

وإنْ أمره أنْ يكريها ممَّن يحمل عليها مائة رطْل حديد، فأكراها ممن يحملُ عليها

مائة رطل تبنًا - ضمن - أيضًا - نصَّ عليه الشافعيُّ؛ لما يأتى بيانه فى «كتاب الإجارة».

وإن أمره أن يُكْريها ممَّنْ يركبها بسرج، فأكراها ممَّن يركبها بلا سرجٍ - ضمنَ.

وإنْ أكراها ممَّن يركبها بإكاف: فإنْ كان الإكاف أَضَرَّ بها فى حال - ضمن، وإن كان أخَفَّ أو مثل السرج - لم يضمنْ، وإن أكراها ممن يعلم أنَّها لا تطيق حمله لضعفها، ضمن؛ لأنه فرَّط، والله أعلم بالصواب.

* * *

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب العارية

الإعارة: قربة مندوب إليها؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، وروى جابر - رضى الله عنه - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من صاحب إبلٍ لا يفعل فيها حقها، إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت، بقاعٍ قرقرٍ، تشتد عليه بقوائمها، وأخفافها»، قال رجل: يا رسول الله، ما حق الإبل؟ قال: «حلبها على الماء، وإعارة دلوها، وإعارة فحلها».

(فصل) ولا تصح الإعارة إلا من جائز التصرف فى المال، فأما من لا يملك التصرف فى المال؛ كالصبى والسفيه؛ فلا تصح منه؛ لأنه تصرف فى المال، فلا يملكه الصبى والسفيه؛ كالبيع.

(الشرح) أما حديث «ما من صاحب إبل لا يفعل فيها حقها...» فأخرجه مسلم[١]، والنسائى[٢] وأحمد[٣] وعبد الرزاق[٤] والدارمى[٥] وابن الجارود فى المنتقى[٦] وابن خزيمة[٧] وابن حبان[٨] والبيهقى[٩]، كلهم من طريق أبى الزبير عن جابر بن عبد الله الأنصارى قال:

سمعت رسول الله ﷺ يقول «ما من صاحب إبل لا يفعل فيها حقها، إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت قط. وقعد لها بقاع قرقر. تستن عليه بقوائمها وأخفافها. ولا صاحب بقر لا يفعل فيها حقها، إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت. وقعد لها بقاع قرقر. تنطحه بقرونها وتطؤه بقوائمها. ولا صاحب غنم لا يفعل فيها حقها. إلا

---

(١) (٢/ ٦٨٤ - ٦٨٥) كتاب الزكاة، باب إثم (١) مانع الزكاة (٢٧/ ٩٨٨).
(٢) (٥/ ٢٧) كتاب الزكاة، باب مانع زكاة البقر.
(٣) (٣/ ٣٢١).
(٤) (٤/ ٢٩ - ٣٠) (٦٨٦٦).
(٥) (١/ ٣٨٠).
(٦) (٣٣٥).
(٧) (٤/ ١٢ - ١٣).
(٨) (٣٢٥٥).
(٩) (٤/ ١٨٢ - ١٨٣).

جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت. وقعد لها بقاع قرقر. تنطحه بقرونها وتطؤه بأظلافها. ليس فيها جماء ولا منكسر بقرونها ولا صاحب كنز لا يفعل فيه حقه. إلا جاء كنزه يوم القيامة شجاعًا أقرع. يتبعه فاتحًا فاه. فإذا أتاه فر منه فيناديه: خذ كنزك الذى خبأته. فأنا عنه غنىٌ. فإذا رأى أن لابد منه. سلك يده في فيه. فيقضمها قضم الفحل».

قال أبو الزبير: سمعت عبيد بن عمير يقول هذا القول. ثم سألنا جابر بن عبد الله عن ذلك قال مثل قول عبيد بن عمير.

وقال أبو الزبير: سمعت عبيد بن عمير يقول: قال رجل: يا رسول الله! ما حق الإبل؟ قال «حلبها على الماء. وإعارة دلوها. وإعارة فحلها. ومنيحتها. وحمل عليها فى سبيل الله».

قوله: «كتاب العارية» فى اللغة: العارية: مشددة الياء على المشهور، وحكى الخطابى وغيره تخفيفها، وجمعها: عوارى بالتشديد والتخفيف، قال ابن فارس: ويقال لها: العارة أيضًا.

قال الشاعر:

فأخلف وأتلف إنما المال عارة وكُلْه معَ الدَّهر الذى هُو آكله[1]

قال الأزهرى: هى مأخوذة من عار الشىء يعير: إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للغلام الخفيف: عيار، وهى منسوبة إلى العارة، بمعنى: الإعارة، وقال الجوهرى: هى منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب واعترض عليه بأنه ﷺ فعلها، ولو كانت عيبًا ما فعلها، وقيل: هى مشتقة من التعاور، من قولهم: اعتوروا الشىء، وتعاوروه، وتعوَّروه: إذا تداولوه[2].

والعارية فى اصطلاح الفقهاء:

عند الشافعية: هى إباحة الانتفاع بها يحل الانتفاع به مع بقاء عينه.

فقوله: إباحة الانتفاع أى: عقد يتضمن إباحة الانتفاع.

---

(١) البيت لابن مقبل فى ديوانه ص(٢٤٣)، اللسان (عور، خلف)، التاج (عور).
(٢) ينظر المطلع ص (٢٧٢).

وقوله: بما يحل، أى: متعلق بالانتفاع، فلابد أن يكون الانتفاع مباحًا، ولابد أيضًا أن يكون مقصودًا فلا يعار مالا نفع به كحمار زمن، نعم ما يتوقع نفعه كجحش صغير تصح إعارته على الأوجه حيث كانت العارية مطلقة أو مؤقتة بزمن يمكن الانتفاع به فيه، وإلا فلا.

ولا ينافى ذلك اشتراط وجود النفع حال العقد فى الإجارة لمقابلتها بعوض بخلاف ما هنا ولا آلة لهو وأمة مشتهاة لخدمة أجنبى فإن كانت غير مشتهاة لصغر صحت إعارتها أو لكبر أو قبح لم تصح، ولا نقد إذ معظم المقصود منه الإخراج نعم إن صرح بإعارته للتزين به أو للضرب على طبعه أو نوى ذلك صحت لاتخاذه هذه المنفعة مقصد أو خرج بقوله مع بقاء عينه إعارة طعام لأكل ونحو شمعة لوقود فلا تصح لأن منفعتهما باستهلاكهما، وكون الإعارة لاستفادة المنفعة هو الغالب وقد تكون لاستفادة عين كإعارة شجرة أو شاة أو بئر أو دواة لأخذ ثمرة ودر ونسل وماء وحبر إذ الأصل فى العارية ألا يكون فيها استهلاك المعار لا ألا يكون المقصود فيها استيفاء عين وحقق الأشمونى فقال إن الدر والنسل ليس مستفادا بالعارية بل بالإباحة والمستعار هو الشاة لمنفعة وهى التوصل لما أبيح وكذا الباقى. اهـ[1].

وأما عند الحنفية: فهى تمليك المنافع بلا عوض. فقوله: بلا عوض: يخرج الإجارة وخالف الكرخى فقال: هى إباحة الانتفاع بملك الغير. وعلى ذلك فهى عقد عندهم.

يترتب على عقد الإعارة بعد تمامه عند عامة مشايخ المذهب أن يملك المستعير - بغير عوض - منفعة العين المعارة أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفًا وعادة كلبن الشاة المعارة للحلب.

وقال الكرخى: يترتب عليه إباحة الانتفاع بملك الغير لا تملكه؛ لأن الإعارة تنعقد بلفظ الإباحة والتمليك لا ينعقد بلفظ الإباحة، ولا يشترط فيها تعيين المدة والتمليك يقتضى أن تكون المنافع المملكة معلومة ولا تعلم إلا ببيان المدة وبيان المدة ليس بشرط هنا فكان تمليكًا للمجهول، ولأن المعير يملك نهى المستعير عن الانتفاع ولو كانت تمليكًا لما ملكه كالمؤجر لا يملك للمنافع كالإجارة لجاز

---

(١) أسنى المطالب ٢/ ٣٢٤، الشرقاوى على التحرير ٢/ ٨٦، الجمل على المنهج ٣/ ٤٥٣ .

للمستعير أن يؤجر المستعار ولكن لا يصح منه ذلك[١].

وأما عند المالكية: فقد حدها العلامة ابن عرفة بمعنيين؛ المعنى المصدرى والمعنى الإسمى على عادته: فقال معرفًا إياها بالمعنى المصدرى: «تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض».

فقوله: تمليك مناسب لمقولة المحدود وهو جنس، ومناسب لما وقع له فى حد العطية فى باب الهبة، وأدخل فيه العارية والحبس، لكنه قال فى الحبس: إعطاء.

فإن قلت: التمليك مشتق من الملك، والملك الشرعى قد حده الشيخ بعد فى الدعوى، وهو إحالة على التعريف بمجهول.

قلت: لعله رآه ظاهرًا، وفيه نظر. قوله: «منفعة» أخرج به تمليك الذوات مع أن الملك الحقيقى فى الذوات ليس إلا لخالقها، ولكن القصد كمال التصرف الملك. وقوله المنفعة، يخرج به تمليك الانتفاع؛ لأن العارية فيها ملك المنفعة وهو أخص من الانتفاع؛ لأن له أن يعير لمثله بخلاف الانتفاع. قوله: «مؤقتة» أخرج به تمليك المنفعة المطلقة كما إذا ملك العبد منفعة نفسه ووهبها إياه فإنه يصدق عليه ذلك وليس بعارية، ولا يدخل الحبس، فيخرج بذلك لما قلناه من أن الحبس فيه ملك الانتفاع لا المنفعة، على أنه لا يقال ذلك فيه بالإطلاق. قوله: «لا بعوض» يخرج به الإجارة لأنها بعوض، والعارية بغير عوض.

فإن قلت: قوله «مؤقتة»، ظاهره أن العارية الشرعية لابد فيها من التوقيت، فإذا قال: أعرتك هذا الثوب أو الدار ولم يوقت أجلا فليس بعارية. مع أنه أطلق عليها فى المدونة عارية، نعم اختلفوا إذا قام المعير وأراد أخذها على أقوال.

قلت: يعنى بالتوقيت إما لفظا أو عادة. قال الشيخ رحمه الله: فتدخل العمرى والإخدام، وهكذا وقع لغيره. ويظهر لى خلافه لأن العارية لقب على ما بوبوا له فى مسائل كتاب العارية ولم يطلقوا على العمرى لفظ العارية عرفا، وإنما أطلقوا عليها عمرة، فدل عرفا على أنها لا يطلق عليها عارية مطلقة فى عرفهم، وإنما ذلك بمعنى أعم مما وقع لهم. ووقفت على قريب من هذا للشيخ خليل رحمه الله تعالى فعلى هذا حقه رحمه الله أن يقول: لها معنى أعم ومعنى أخص، فتأمله. وأما قوله لا

(١) ينظر: تبيين الحقائق ٥/ ٨٣، الهداية والعناية بتكملة فتح القدير ٧/ ٩٩ .

الحبس، فيعنى أن الحبس لا يدخل لأجل قوله مؤقتة والحبس غير مؤقت، ويعينه رده على ابن الحاجب فى عكسه الحد. وأما حده اسما فقال فيه: «مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض». قوله: «مال» مناسب لمقولة المحدود وبيان القيود ظاهر مما قدمنا فى الحد المصدرى.

فإن قلت: لأى شيء قال بغير عوض فى الثانى وفى الأول لا بعوض، وهلا قال بغير عوض فى الحدين وذلك أخصر فى الثانى من الأول؛ لأن فى الأول تكون لا عاطفة فيحتاج إلى تقدير؟

قلت: يصح العطف بها بعد الإثبات. كقولنا: قام زيد لا عمرو، قالوا: ويصح فى المعطوف عليه أن يكون مذكورا أو مقدرا كقولهم: أعطيتك لا لتظلم أى لتعدل لا لتظلم، وهنا يقال: تمليك منفعة بترك عوض لا بعوض. ثم قال الشيخ رحمه الله: إنه نقض طرد الحد الأول والحد الثانى، وبيان ما ذكره، لو فرض رجل اكترى دارا سنة ثم توفى وترك وارثا فإنه حصل له تمليك منفعة بغير عوض للوارث، فى طرف المصدر وفى طرف الاسم يصدق مال إلخ، وذلك كله ليس من العارية فيكون الحد غير مانع، هذا معنى ما ذكر من قوله: ونقض طرداهما بإرث ملك منفعة وارثهما ممن حصلا له بعوض لحصولهما للوارث بغير عوض منه، وبسطها ما ذكرناه. قال الشيخ: والجواب بأن عموم نفى العوض يخرج ذلك من الحدين؛ لأن ذلك نكرة فى سياق النفى، فتدل على أنه لا عوض فى تمليك المنفعة رأسًا من أصلها؛ لأن هذه المنفعة فيها عوض من المالك الموروث فلا يصدق فيها النفى المطلق، وتقدم لنا فيه بحث وهو أن يقال: يلزم على هذا الفهم أن يقال: حافظ على طرده فأخلّ بعكسه، فإن المستأجر إذا أعار لا يصدق الحد عليه، مع أنه معير بنصوص الفقهاء فيها وفى غيرها، وإذا صح ذلك فيلزم خروج هذه الصورة من العارية لما حوفظ فيه على الطرد، ويمكن الجواب عن الذى وقع النقض به أن الوارث الذى ورث الحق الذى كان لموروثه وهى منفعة بعوض، فلا يصح أن يقال: إنه ملك المنفعة بلا عوض، وهذا لا يرد عليه ما ذكرناه فى جواب الشيخ، وتأمل جواب ابن رشد فى أسئلته إذا مات المكرى، وفيه ما ينظر مع هذا، وتأمل من يصح له أن يعير وما فيه من البحث فليتأمل معه، والله سبحانه الموفق للفهم عنه. وتقدم لنا سؤال عليه رحمه الله فى كونه ذكر الإنشاء فى حد العمرى فقال: تمليك منفعة

حياة المعطى بغير عوض. إنشاء ولم يزد هذا القيد هنا، وقيد الإنشاء أخرج به الحكم باستحقاق العمرى فتأمله فإنه يرد عليه هنا إن صح أنه لابد منه هناك، ولم يظهر فرق قوى، والله الموفق.

ثم أشار رحمه الله إلى كلام ابن الحاجب فى قوله: تمليك منافع العين بغير عوض، قال: يبطل طرده بالحبس، وتقدم ما فيه، وهذا يعين أنه أخرج الحبس من حديه بقوله: موقتة، ويأتى له بعد رحمه الله أنه قال: الحبس فى سكنى المدارس وشبهه ليس فيه ملك المنفعة وإنما فيه الانتفاع وهو قريب من كلام القرافى، فالحبس على هذا ينقسم إلى قسمين، وبأحد قسميه يرد الاعتراض، قال: ويبطل عكسه بأنه لا يتناول إلا المصدر، والعرف إنما هو استعماله إسما وهو الشىء المعار، هذا كلامه رضى الله عنه ونفع به. وظاهره أن العرف فى إطلاق العارية إنما هو الاسم، وتقدم لنا أنه إنما يحد المصدر والاسم إذا كان الاستعمال فيهما وهو الصواب، وإن صح العرف عنده رحمه الله فلا يحد إلا الاسمى فتأمله. ثم يقال: إذا سلم ما ذكر رحمه الله وأنه إنما يصدق عرفا على الاسمى فيقال فى حد ابن الحاجب: إنه لا يتناول شيئًا من صور المحدود، بل حد حقيقة بغير معناها. فقوله لا يصدق إلا على المعنى المصدرى فيكون غير منعكس، فيه مناقشة، فتأمله. ولعل الجواب عن ذلك أن الاستعمالين موجودان عرفا، لكن الغالب الاسمية فتأمله، وقد وقع له ذلك فى غير هذا، وفيه ما لا يخفى من التكلف فى الجواب[1].

وأما عند الحنابلة: فهى العين المأخوذة للانتفاع بها مطلقًا بلا عوض، وتطلق كثيرًا على الإعارة مجازًا.

فقوله: العين المأخوذة، أى: المأخوذة من مالك ولو كان المالك لمنفعتها أو وكيله.

وقوله: للانتفاع بها مطلقًا؛ ويجوز فى زمن معلوم[2].

---

(١) ينظر: بلغة السالك ٢/ ٧٦٦، مواهب الجليل ٥/ ٢٦٨، شرح حدود ابن عرفة ٤٨٤ - ٤٨٧، الشرح الصغير وحاشية الصاوى عليه ٢/ ٢٢٦، شرح الخرشى وحاشية العدوى عليه ٦/ ١٣٩، ١٤٠.

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٨٦، كشاف القناع ٤/ ٦٢، المغنى مع الشرح الكبير ٥/ ٣٥٤.

الإعارة معروف يصل بين القرابة والجيران وغيرهم من الناس، فهى داعية للتودد والتواصل وداخلة فى قوله عليه الصلاة والسلام: «تهادوا تحابوا» فالحاجة داعية إليها، لما فيها من قضاء حاجة المسلم، ولما فيها من البر والمعروف والإحسان والله يحب المحسنين.

ومن محاسنها النيابة عن الله سبحانه فى إجابة المضطر؛ لأنها لا تكون إلا لمحتاج غالبًا.

وكل هذا متفق عليه بين جميع المذاهب.

وأما عند الظاهرية: فهى إباحة منافع بعض الشىء كالدابة للركوب والثوب للناس[(١)].

قوله فى الحديث: «بقاع قَرْقَرٍ تشتد عليه»[(٢)]، القاعُ: المستوى من الأرض، والجمع: أَقْوُعٌ وأَقْوَاعٌ وقيعانٌ، صارت الواو ياء؛ لكسر ما قبلها.

والقيعة: مثل القاع، وهو قوله تعالى: ﴿كَسَرَابٍ بِقِيعَةٍ﴾ [النور: ٣٩] والقَرْقَرُ: الأملس، قاله الجوهرى[(٣)].

وقال الهروى: القَرْقَرُ: المكان المستوى، وقد رُوِىَ «بقاعٍ قَرِقٍ» وهو مثله. وتشتد، أى: تعدو، وقد شد، أى: عدا.

قوله: «حَلَبُهَا على الماء» بفتح اللام، يقال: حلب حلبًا بالتحريك، وكذلك الحلب: اللبن المحلوب.

قوله: «الدلو»، والدلو العظيمة يقال لها: ذنوب إذا كانت ملأى، ويقال لها: غَرْبٌ أيضًا، ويعبر بها عن النصيب كقوله تعالى: ﴿فَإِنَّ لِلَّذِينَ ظَلَمُوا ذَنُوبًا﴾ [الذاريات: ٥٩]. ويجمع على أدل فى القلة، ودُلِىّ فى الكثرة، والأصل: أَدْلُوٌ ودلو؛ فأعل كما ترى. ويجوز فى دال دُلِى الضم والكسر نحو عِصًى[(٤)].

الأحكام: العاريَّة: إباحةُ الانتفاعِ بعينٍ من الأعيانِ، وهى مشتقَّةٌ من: عار الشىء: إذا ذهب وجاء.

---

(١) ينظر المحلى (٩/١٦٨) مسألة رقم (١٦٤٩).
(٢) ينظر النظم (٢/١٧)، غريب الحديث (٢/٢٣٨)، الفائق (٣/ ١٧٢)، النهاية (٤/٤٨).
(٣) ينظر الصحاح (قوع، قرقر).
(٤) ينظر عمدة الحفاظ (٢/١٨).

فصل: الإعارةُ قُرْبةٌ، أى: طاعةٌ مندوب إليها[(١)] ، والمندوبُ ما فِعْلُهُ أفضَلُ مِنْ

(١) قال فى مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٦): وهى مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع، وإنما اختلفوا فى كونها مستحبة - وهو قول الأكثر - أو واجبة، وهو قول البعض . وشرطها: قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها، وسببها: ما مر من التعاضد المحتاج إليه المدنى بالطبع، ومحاسنها: النيابة عن الحق - سبحانه - فى إجابة المضطر؛ لأنها لا تكون إلا للمحتاج كالقرض؛ فلهذا كانت الصدقة بعشرة .

وقال فى الفواكه الدوانى (٢/ ١٦٨): واعلم أن الكلام على العارية من وجوه: الأول فى حكمها، وهو الندب، هذا حكمها الأصلى؛ لأنها إحسان، وتتأكد فى الأقارب والجيران والأصحاب .

وقد يعرض لها الوجوب لمن معه شيء مستغنٍي عنه وطلبه من يخشى عليه الهلاك بتركه، ككساء فى زمن شدة برد، والحرمة: إذا كانت تعين على معصية، والكراهة: إذا كانت تعين على فعل مكروه، والإباحة: إذا أعان بها غنيا .

دل على الإذن فيها الكتاب والسنة وإجماع الأمة: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وافعلوا الخير﴾ [الحج:٧٧] وأما السنة فما فى الصحيحين من «أن رسول الله ﷺ استعار فرسا من أبى طلحة، واستعار من صفوان بن أمية درعه يوم حنين، فقال له: أغصب يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة» . وفى أبى داود والترمذى وابن ماجه من حديث أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى، والزعيم غارم» . قال الترمذى: حسن صحيح، والمنحة: الشاة أو نحوها تعار لأخذ لبنها . وأما الإجماع فقد حكاه شيوخ المذهب .

وقال فى مطالب أولى النهى (٣/ ٧٢٢): وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها؛ لأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع، ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعا . (وتستحب) الإعارة؛ لكونها من البر والمعروف ولا تجب؛ لحديث: «إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك» رواه ابن المنذر؛ ولحديث: «ليس فى المال حق سوى الزكاة» . وفى حديث الأعرابى الذى سأل النبى ﷺ: «ماذا فرض الله على من الصدقة؟ قال: الزكاة، قال: هل على غيرها؟ قال: لا إلا أن تطوع» والآية فسرها ابن عمر والحسن بالزكاة، وكذلك زيد بن أسلم، وقال عكرمة: إذا جمع ثلثها فله الويل إذا سها عن الصلاة ورد أو منع الماعون .

وقال فى المحلى (٨/ ١٣٦): والعارية جائزة، وفعل حسن، وهى فرض فى بعض المواضع، وهى إباحة منافع بعض الشيء: كالدابة للركوب، والثوب للباس، والفأس للقطع، والقدر للطبخ، والمقلى للقلو، والدلو، والحبل، والرحى للطحن، والإبرة للخياطة، وسائر ما ينتفع به . ولا يحل شيء من ذلك إلى أجل مسمى، لكن يأخذ ما أعار متى شاء، ومن سألها إياه محتاجا ففرض عليه إعارته إياه إذا وثق بوفائه، فإن لم يأمنه على إضاعة ما يستعير أو على جحده فلا يعره شيئا . أما كونها فرضا كما ذكرنا؛ فلقول الله - تعالى -: ﴿فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون الذين هم يراءون ويمنعون الماعون﴾ [الماعون: ٤-٧] فتوعد - عز وجل - من منع الماعون بالويل .

تركه؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢]، وعن ابن عباس - رضى الله عنه -: «البِرُّ مَا أُمِرْتَ بِهِ، وَالتَّقْوَى مَا نُهِيتَ عَنْهُ»[١]، وروى عن جابر - رضى الله عنه - قال: سَمِعْتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «مَا مِنْ صَاحِبِ إِبِلٍ لَا يَفْعَلُ فِيهَا حَقَّهَا إِلَّا جَاءَتْ يَوْمَ القِيَامَةِ أكثر مَا كَانَتْ بِقَاعٍ قَرْقَرٍ، تَشْتَدُّ عَلَيْهِ بِقَوَائِمِهَا وَأَخْفَافِهَا، فَقَالَ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ الله، وَمَا حَقُّهَا؟ قَالَ: «حَلْبُهَا عَلَى المَاءِ، وَإِعَارَةُ دَلْوِهَا، وَإِعَارَةُ فَحْلِهَا». القاعُ: الأرْضُ الحرَّة الطِّين، وهى التى ليس فيها حزونة، ولا ارتفاعٌ ولا انهباطٌ، وقاعة الدار: ساحتها، والقَرْقَر - بالقاف، وراءين بلا نقط-: هو ما اطمأنَّ من الأرض.

وظاهر هذا: يقتضى الوجوب، وإنما حمل على الندب؛ لقوله ﷺ: «لَيْسَ فِي المَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاة».

وحكى عن أصحابِ عبد الله بن مسعود: إعارةُ القِدْر، والمقدحة، والفأس، والقِرْبة[٢]، ونحو ذلك - واجبٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ [الماعون:٧]، وإنَّما هو هذا؛ وهذا خلافُ الإجماعِ، وقد روى عن على[٣] وابن عمر[٤] - رضى الله عنهما -: أنَّ الماعون: هو الزكاة.

ولو لزم إعارةُ مِثْلِ هذا، للزم إعارةُ البَغْل والحمارِ، ولا يقول بهذا أحد.

فصل: ولا تصحُّ الإعارة إلا من جائزِ التصرُّف فى المالِ، فأمَّا من لا يملكُ التصرُّف فى المال؛ كالصبىِّ، والمجنونِ، والمحجورِ عليه لسفه، فلا يصحُّ منه ذلك؛ لأنه تصرُّف فى المال؛ فلا يملكه الصبىُّ والمجنونُ والسفيه؛ كالبيع[٥].

---

(١) أخرجه ابن جرير فى تفسيره (٤/ ٤٠٦) (١١٠٠٣) وذكره السيوطى فى الدرر (٢/ ٤٥١) وعزاه لعبد بن حميد عن الربيع بن أنس .

(٢) ذكره السيوطى فى الدر المنثور (٦/ ٦٨٤) وعزاه لسعيد بن منصور وابن أبى شيبة وأبو داود والنسائى والبزار وابن جرير وابن المنذر وابن أبى حاتم والطبرانى فى الأوسط وابن مردويه والبيهقى فى سننه من طرق عن ابن مسعود بنحوه .

(٣) ذكره السيوطى فى الدر المنثور (٦/ ٦٨٥) وعزاه للفريابى وسعيد بن منصور وابن أبى شيبة وابن جرير وابن المنذر وابن أبى حاتم والحاكم والبيهقى فى سننه .

(٤) ذكره السيوطى فى ا لدر المنثور (٦/ ٦٨٥) وعزاه لعبد الرازق والفريابى وسعيد بن منصور وابن جرير وابن المنذر عنه بلفظ «المال الذى لا يعطى حقه» .

(٥) قال فى درر الحكام (٢/ ٣٤٣): يشترط كون المعير والمستعير عاقلين مميزين ولا يشترط كونهما بالغين، [و] بناء عليه: لا تجوز إعارة واستعارة المجنون ولا الصبى غير المميز، =

فصل: ولا يجوزُ للعبد المأذونِ له فى التجارةِ اتخاذُ الدَّعوة، وإعارةُ الدوابِّ وغيرها.

وقال أبو حنيفة: يجوز[1].

دليلنا: هو أنه تبرّع؛ فلا يملكه بغير إذنِ المولَى؛ كهبَة الدراهم والدنانير.

= وأما الصبى المأذون فتجوز إعارته واستعارته . ويشترط فى صحة الإعارة: ١ و ٢ - كون المعير والمستعير عاقلين . ٣ - كون المستعير معينا . ٤ - كون المعير مالكا ولو للمنفعة . ٥ - كون المعير غير مكره . كما يشترط ذلك فى كل عقد كالبيع والإجارة والإيداع . أما كون المعير والمستعير بالغين فليس بشرط فى صحة الإعارة كما كان الحكم على هذا المنوال فى الوديعة .

قال فى حاشية الصاوى على الشرح الصغير (٣/ ٥٧١): (المعير وهو مالك المنفعة) ولو لم يملك الذات (بلا حجر) عليه، خرج الصبى والسفيه والرقيق ولو مأذونا له فى التجارة؛ لأنه إنما أذن له فى التصرف بالعوض خاصة . نعم يجوز له إعارة ما قل عرفا إن استأنف به للتجارة؛ لأنه من توابعها على ما سيأتى، وخرج أيضا من حجر عليه المالك صريحا أو ضمنا كما لو قامت قرينة على ذلك، نحو قوله: لولا إخوتك ما أعرتك إياه، وخرج الفضولى فإنه ليس بمالك لشىء، (وإن) كان مالكا لها (بإعارة) ولا حجر عليه فتصح إعارته وإن كان لا ينبغى له ذلك (أو إجارة) فتصح إعارته لها فى مثل ما استأجرها له ركوبا أو حملا أو غيرهما .

(١) قال فى المبسوط (٢٦/ ٢٨): وإذا أهدى العبد المأذون هدية، أو دعا رجلا إلى منزله فغداه أو أعاره دابة يركبها أو ثوبا يلبسه - فلا بأس به، ولا ضمان فيه على الرجل إن هلك شىء من ذلك عنده، كان على العبد دين أو لم يكن . وفى القياس هذا كله باطل؛ لأنه تبرع، والعبد ليس من أهله، ولكنه استحسن فقال: وهذا مما يصنعه التجار، ولا يجدون منه بدا فى التجارة؛ فإنهم يحتاجون إلى استجلاب قلوب المهاجرين إلى أنفسهم، وإعارة موضع الجلوس والوسادة ممن يأتيهم؛ ليعاملهم، فلو لم نجوز ذلك من المأذون لأدى إلى الحرج، والحرج مدفوع، وأيد هذا الاستحسان ما روينا «أن النبى - عليه السلام - كان يجيب دعوة المملوك وأن سلمان - رضى الله عنه - أهدى إلى النبى - عليه السلام - وهو مملوك فقبله، وأكل أصحابه - رضى الله عنهم - وأتاه بصدقة فأمر أصحابه بأكلها ولم يأكل منها»، وعن عمر - رضى الله عنه - أنه سئل عن العبد يتصدق بشىء؟ فقال: بالرغيف ونحوه . وبه نأخذ فنقول: يتصدق المأذون بالطعام، ولا يتصدق بالدراهم والكسوة ونحو ذلك؛ لأن أمر الطعام مبنى على التوسع، ولهذا جاز للمرأة أن تتصدق بمثل ذلك من مال الزوج بدون استطلاع رأى الزوج؛ فإن الناس لا يمتنعون من ذلك عادة، والمكاتب فى جميع ذلك كالعبد؛ لأن الرق الحاجز له عن التبرعات قائم فيه، إلا أن فى حق المكاتب لا يجوز ذلك إلا بإذن المولى بخلاف المأذون إذا لم يكن عليه دين؛ لأن كسب المأذون خالص كسب المولى، والمولى ممنوع من كسب المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن .

قالوا: روى إبراهيم: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَرْكَبُ الحِمَارَ وَيُجِيبُ دَعْوَةَ العَبْدِ»[١].

قلنا: هو مرسلٌ، تضمرون: إذا أَذِنَ له فى التجارة، ونحن نضمر: إذا أذن له فى الدَّعْوة.

قالوا: قد جرتِ العادةُ به؛ فصار كالكسْرة تتصدَّق بها الزوجة من بيتِ الرَّجُل.

قلنا: عادةُ الجهل لا يثبتُ بها شرع، وأمَّا الزوجة: فلا يجوز أن تتصدَّق بشىء بغير إذن الزوجِ.

فأمَّا إذا ملَّك السيِّد عبده عَرْضًا، وقلنا على قوله القديم: إنه يملكُ، ففى «الإيضاح»: فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجوزُ له إعارتُهُ بغير إِذْنِ السيِّد.

والثانى: يجوز بغير إذن السيد.

ويجوز للمكاتب أن يستعيرَ، وهلْ يجوزُ له أنْ يُعير بغير إذن المولَى؟ ففيه قولان، يأتى توجيههما فى موضعِهِ، إن شاء الله، وبه الثقة.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وتصح الإعارة فى كل عينٍ ينتفع بها مع بقائها؛ كالدور، والعقار، والعبيد، والجوارى، والثياب، والدواب، والفحل للضراب؛ لما روى جابر - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ ذكر إعارة دلوها وإعارة فحلها.

وروى أنس: أن النبى ﷺ استعار من أبى طلحة فرسًا، فركبه.

وروى صفوان: أن النبى ﷺ استعار منه أدرعًا (فى) غزاة حنينٍ.

فثبتت فى هذه الأشياء بالخبر، وقسنا عليها كل ما (كان) ينتفع به مع بقاء عينه.

(فصل) فى إعارة الجارية: ولا يجوز إعارة جاريةٍ ذات جمالٍ لغير ذى رحم محرمٍ؛ لأنه لا يأمن أن يخلو بها فيواقعها، فإن كانت قبيحةً، أو كبيرةً لا تشتهى - لم

---

(١) أخرجه الترمذى (٣/ ٣٣٧) كتاب الجنائز (١٠١٧) وابن ماجه (٢/ ١٣٩٨) كتاب الزهد باب البراءة من الكبر والتواضع (٤١٧٨) والحاكم فى المستدرك (٤٦٦) كتاب التفسير: تفسير سورة (ق) وقال صحيح الإسناد، وأقره الذهبى والبيهقى فى الدلائل (٤/ ٢٠٤)، فى جماع أبواب مغازى رسول الله ﷺ والبغوى فى شرح السنة (٧/ ٣٦) فى كتاب الفضائل باب تواضعه ﷺ عن أنس بن مالك عن النبى ﷺ أنه كان يعود المريض ويتبع الجنازة ويجيب دعوة المملوك ويركب الحمار ولقد رأيته يوم خيبر على حمار خطامه ليف .

يحرم؛ لأنه يؤمن عليها الفساد.

ولا تجوز إعارة العبد المسلم من الكافر؛ لأنه لا يجوز أن يخدمه.

ولا تجوز إعارة الصيد من المحرم؛ لأنه لا يجوز له إمساكه، ولا التصرف فيه.

ويكره أن يستعير أحد أبويه للخدمة؛ لأنه يكره أن يستخدمهما، فكره استعارتهما لذلك.

(الشرح) أما حديث أنس أن النبى ﷺ استعار من أبى طلحة فرسًا فركبه فأخرجه البخارى[١] ومسلم[٢] وأبو داود[٣] والترمذى[٤] وابن ماجه[٥] وأحمد[٦] وأبو داود الطيالسى[٧] وأبو يعلى[٨] والبيهقى[٩] من حديث أنس بن مالك قال: كان فزع بالمدينة فاستعار النبى ﷺ فرسًا من أبى طلحة يقال له: المندوب، فركبه، فلما رجع قال: «ما رأينا من شىء، إنا وجدناه لبحرًا».

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وأما قوله: «إن النبى ﷺ استعار منه أدرعًا غزاة حنين» فأخرجه أحمد[١٠] ،

---

(١) (٥/ ٢٨٤ - ٢٨٥) كتاب الهبة، باب من استعار من الناس الفرس (٢٦٢٧)، (٦/ ٤٢) كتاب الجهاد والسير، باب الشجاعة فى الحرب والجبن (٢٨٢٠)، (٦/ ٦٩) كتاب الجهاد والسير، باب اسم الفرس والحمار (٢٨٥٧)، (٦/ ٧٨) باب: الركوب على الدابة الصعبة والفحولة من الخيل (٢٨٦٢)، (٦/ ٨٣) باب: الفرس القطوف (٢٨٦٧) (٦/ ١٤٣) كتاب: الجهاد والسير، باب: مبادرة الإمام عند الفزع (٢٩٦٨)، باب: السرعة والركض فى الفزع (٢٩٦٩)، (١٠/ ٦٠٩ - ٦١٠) كتاب: الأدب، باب: المعاريض مندوحة عن الكذب (٦٢١٢) .

(٢) (٤/ ١٨٠٢ - ١٨٠٣) كتاب الفضائل، باب فى شجاعة النبى ﷺ (٤٩/ ٢٣٠٧) .

(٣) (٢/ ٧١٥) كتاب الأدب، باب ما روى من الرخصة فى ذلك (٤٩٨٨) .

(٤) (٤/ ١٧١ - ١٧٢) كتاب الجهاد، باب ما جاء فى الخروج عند الفزع (١٦٨٥، ١٦٨٦، ١٦٨٧) .

(٥) (٢/ ٩٢٦) كتاب: الجهاد، باب: الخروج فى النفير (٢٧٧٢) .

(٦) (٣/ ١٤٧، ١٨٠، ١٨٥، ٢٧١، ٢٧٤، ٢٩١) .

(٧) (٢/ ١٢١ - منحة) (٢٤٣٨) .

(٨) (٥/ ٣٣٦) (٢٩٦٢) .

(٩) (١٠/ ٢٥) كتاب السبق والرمى، باب ما جاء فى تسمية البهائم، و (١٠/ ٢٠٠) كتاب الشهادات، باب: من سمى المرأة قارورة .

(١٠) (٣/ ٤٠١) .

وأبو داود[١] ، والدارقطنى[٢] ، والحاكم[٣] ، والبيهقى[٤] ، كلهم من طريق شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه؛ أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعًا يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: «لا، بل عارية مضمونة».

وأخرجه أبو داود[٥] والبيهقى[٦] من طريق جرير عن عبد العزيز عن أناس من آل عبد الله بن صفوان أن رسول الله ﷺ قال: «يا صفوان، هل عندك من سلاح؟ قال: عارية أم غصبا، قال: «لا، بل عارية» فأعاره ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعًا.

وأخرجه البيهقى[٧] من طريق جعفر بن محمد عن أبيه أن صفوان بن أمية أعار رسول الله ﷺ سلاحًا هى ثمانون درعًا، فقال له: أعارية مضمونة أم غصبًا؟، فقال رسول الله ﷺ: «بل عارية مضمونة».

وفى الباب عن جابر:

أخرجه الحاكم[٨] ، والبيهقى[٩] من طريق ابن إسحاق: حدثنى عاصم بن عمر بن قتادة عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ سار إلى حنين . . . وفيه: ثم بعث رسول الله ﷺ إلى صفوان بن أمية، فسأله أدرعًا عنده: مائة درع وما يصلحها من عدتها فقال: أغصبًا يا محمد؟ فقال: «بل عارية مضمونة حتى نؤديها إليك» ثم خرج رسول الله ﷺ سائرًا.

قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ووافقه الذهبى.

أما الحديث بلفظ: «بل عارية مؤداة».

---

(١) (٣/ ٨٢٢) كتاب: البيوع، باب: تضمين العارية، حديث (٣٥٦٢) .
(٢) (٣/ ٣٩) كتاب: البيوع، حديث (١٦١) .
(٣) (٢/ ٤٧) .
(٤) (٦/ ٨٩) كتاب: العارية، باب: العارية مضمونة .
(٥) (٣/ ٨٢٣) كتاب: البيوع، باب: تضمين العارية، حديث (٣٥٦٤) .
(٦) (٦/ ٨٩) كتاب: العارية، باب: العارية مضمونة .
(٧) (٦/ ٨٩ - ٩٠) كتاب: العارية، باب: العارية مضمونة .
(٨) (٣/ ٤٨ - ٤٩) .
(٩) (٦/ ٨٩) كتاب: العارية، باب: العارية مضمونة .

فأخرجه أبو داود[١] ، وابن حبان[٢] ، وأحمد[٣] ، والدارقطنى[٤] من طريق حبان بن هلال: ثنا همام بن يحيى، ثنا قتادة عن عطاء بن أبى رباح عن صفوان بن يعلى بن أمية قال: قال لى رسول الله ﷺ: «إذا أتتك رسلى فأعطهم ثلاثين درعًا وثلاثين بعيرًا»، فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة؟ قال: «بل عارية مؤداة».

صححه ابن حبان، وقال ابن حزم فى المحلى[٥] : حديث حسن، ليس فى شىء مما يروى فى العارية خبر يصح غيره.

وقال الحافظ فى «بلوغ المرام»[٦] : رواه أحمد وأبو داود والنسائى، وصححه ابن حبان. اهـ.

وله شاهد من حديث ابن عباس:

أخرجه الدارقطنى[٧] ، والحاكم[٨] ، والبيهقى[٩] من طريق عكرمة عن ابن عباس، به.

وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. ووافقه الذهبى.

قوله: «ولا يجوز إعارة جارية ذات جمال لغير ذى رحم محرم»: صوابه من غير امرأة ومحرم؛ ليدخل المرأة والمحرم بمصاهرة أو رضاع فإنه لا كراهة فيهما.

الأحكام: يجوز فعلُ الإعارة فى كل عيْن ينتفعُ بها مع بقاءِ عَيْنها؛ كالدُّور، والعَقَار - يريدُ الأرضَ التى لا بِناءَ فيها، ولا غراس - والعبيدِ، والجوارى، والحُلِىّ، والسّلاح، والثياب، والدَّوابّ، والفحل للضرابِ، أى: للحمل على الإناثِ؛ لما روى جابرٌ - رضى الله عنه - أن النبىَّ ﷺ ذكَرَ إعارَةَ دَلْوها وإعارَةَ

---

(١) (٣/ ٨٢٦) كتاب: البيوع، باب: تضمين العارية، حديث (٣٥٦٦) .
(٢) (١١٧٣ - موارد) .
(٣) (٤/ ٢٢٢) .
(٤) (٣/ ٣٩) كتاب: البيوع، حديث (١٥٩) .
(٥) (٩/ ١٧٣) .
(٦) ص (١٨٣) رقم (٩١٣) .
(٧) (٣/ ٣٨) كتاب: البيوع، حديث (١٥٧) .
(٨) (٢/ ٤٧) .
(٩) (٦/ ٨٨) .

فحلها. وروى أنس - رضى الله عنه - أنَّ النبىَّ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْ أَبِى طَلْحَةَ زَيْدِ بْنِ سَهْلٍ - مِنْ بَنِى النَّجَّارِ، شَهِدَ بَدْرًا - فَرَسًا لَهُ فَرَكِبَهُ.

وروَى صفوانُ بن أمية: أن النبىَّ ﷺ استعَارَ منْهُ أَدْرُعًا فِى غَزَاةِ حُنَيْنٍ، فقَالَ: أَغَصْبًا يَا مُحَمَّدُ؟ قَالَ: بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ. وكان ذلك قبل أنْ يُسْلِمَ صفوان، ثم أسلَمَ بعد ذلك. فثبَتَ جوازها فى هذه الأشياءِ بالخَبَر، وقِسْنا عليها كلَّ ما ينتفع به مع بقاء عينه.

والإعارةُ أوسَعُ من الإجارة؛ لأنه يجوز إعارة الفحل من الإبل والبقر والغنمِ للضّراب، ولا يجوز إجارته لذلك، ويجوز إعارَةُ الكَلْب للصَّيْد؛ لأنه منفعةٌ مباحة؛ فجاز إعارته لذلك؛ كإعارة الفحل للضرابِ، ولا يجوزُ إعارة الأشجار والغنم؛ لأنَّ العاريَّةَ عَقْدٌ على المنافع ومنافعُ هذه هى الثمار والصُّوف والشعر واللبن والولد، ولا يُملك شىء من ذلك بالإعارة.

وقال القاضى أبو الطيب الطبرى: يجوزُ عندى إعارتها؛ لأنَّ النبى ﷺ قال: «المِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ»[1] ، والمنحة: هى الشاة ويكون ذلك إباحةً للبن الذى فيها، وإباحةُ الأعيانِ جائزةٌ.

فصل: ولا يجوزُ إعارة جارية شابَّة ذاتِ جمالٍ؛ لخدمة غير ذى رحِمٍ مَحْرَم؛ لأنه لا يؤمَنُ أنْ يخلو بها؛ فيواقعها.

فإنْ كانَتْ قبيحةً؛ كالسوداءِ الذميمةِ، أو كبيرةً لا تشتهَى - لم يحرمْ؛ لأنه يؤمَنْ عليها الفساد.

فصل: ويجوزُ إعارتها لامرأةٍ، أو لذِى رَحِم مَحْرَم؛ مثل الأخت من النسب، أو الرضاع بكلِّ حال؛ لأنه يؤمَنُ عليها معه مِنْ ذَلك، ولا يجوزُ إعارتها؛ للاستمتاع؛ لأنَّ الاستمتاع لا يستباح بالإباحةِ.

فإنْ فعل ذلك، ووطئ: فإنْ كانا مختارَيْن، عالمين بالتحريم، فهما زانيان، وعليهما الحَدُّ، وفى المهر خلافٌ، يأتى ذكره فى غير هذا الموضع.

وإن وطئها وهو مكرهٌ، لزمه المهر قولًا واحدًا.

وإن كانا جاهلَين بالتحريم بأن كانا قريبى العهدِ بالإسلام أو نَشَأا فى بلادٍ بعيدة

---

(١) تقدم .

عن أمصارِ المسلمين - فلا حَدَّ عليهما، ويلزمه المهر. وإن حبَلَتْ، كان الولد حرًّا، وعليه قيمته وقْتَ الوضع، ولا تصير الجارية أمَّ ولد فى الحالِ، وهل تصير أُمَّ ولد إذا ملكها؟ فيه قولان:

فإن ادعى المستعيرُ أنَّ المولَى زوَّجها منه، وأنكر المولَى، ففيه قولان، ذكرهما فى «الإيضاح»:

أحدهما: أنَّ القولَ قولُ المولى مع يمينه، فإنْ حلف، كان حكمه حكم الزانى.

والثانى: أنَّ القولَ قولُ الواطئ فى سقوطِ الحدِّ؛ لموضعِ الشُّبْهة.

فصل: ولا يجوزُ إعارةُ العبد المسلمِ من الكافرِ؛ لأنه لا يجوزُ أن يخدمه، ولا يجوزُ للحلال إعارةُ الصيد من المُحْرِمِ؛ لأنه لا يجوزُ له إمساكه والتصرُّف فيه، فإنْ أعاره حمارًا وحشيًّا للركوب عليه، فتلف فى يده - كان عليه الجزاء لله تعالى، والقيمةُ لصاحبه.

وإنْ أحرم، وفى ملكه صيْدٌ، فأعاره من حلال:

فإن قلنا: إنه يزولُ ملكه عنه بالإحرام، لم يجزْ إعارته، فإنْ تلف فى يد المستعير، كان على المعير الجزاءُ لله تعالى؛ لأنه تلف بسبب مِنْ جهته، وهو تسليمه إلى المحلِّ، ولا جزاء على المستعير؛ لأنه حلالٌ، ولا يغرمه؛ لأنه غير مملوك.

وإن قلنا: لا يزولُ ملكه عنه، جازت العارية، وإن تلفَتْ فى يد المستعير، لزمه قيمته دون الجزاء، ولا جزاء على المعير؛ لأنَّه أعاره، وهو يملكه.

فصل: ولا يجوز أن يعيرَ ولدَهُ الصغيرَ لإنسانٍ ليخدمه؛ لأنَّ ذلك هبةٌ لمنافعه؛ فجرى مَجْرى إعارة أعيان أمواله، ولا يجوز له إعارةُ أعيانِ أموالِهِ؛ فكذلك منافعه.

ويكره أن يستعير أحد أبوَيْه - أى: إذا كان مملوكًا - من المولى للخِدْمة؛ لأنه يكره له أنْ يستخدمهما؛ فكره له إعارتهما كذلك[1].

---

(١) قال فى الفروع (٤/٤٦٩): تجوز إعارة ذى نفع جائز ينتفع به مع بقاء عينه إلا البضع وما حرم استعماله لمحرم، وقيل: وكلبا لصيد وفحلا لضراب، وقيل: وأمة شابة لغير محرم أو امرأة، جزم به فى التبصرة والكافى، والأشهر: يكره . وفى المغنى: إن خلا أو نظر، وأنه لا بأس بشوهاء أو كبيرة، ويجوز لهما، وقيل: يكره . وفى الترغيب: إلا البرزة وفى التبصرة: وعبدا مسلما لكافر، ويتوجه كإجارة، وقيل فيه بالكراهة وعدمها، وقيل: تجب أى العارية مع غنى ربه، اختار شيخنا، ويكره أحد أبويه لخدمة .

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) ولا تنعقد إلا بإيجابٍ، وقبولٍ؛ لأنه إيجاب حق لآدمى، فلا يصح إلا بالإيجاب والقبول؛ كالبيع، والإجارة، وتصح بالقول من أحدهما، والفعل من الآخر، فإن قال المستعير: أعرنى، فسلمها إليه؛ انعقد، وإن قال المعير: أعرتك، فقبضها المستعير؛ انعقد؛ لأنه إباحة للتصرف فى ماله، فصح بالقول من أحدهما، والفعل من الآخر؛ كاباحة الطعام.

(فصل) وإذا قبض العين - ضمنها؛ لما روى صفوان: أن النبى ﷺ استعار منه أدرعًا يوم حنينٍ؛ فقال: أغصبًا يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة» ولأنه مال لغيره، أخذه لمنفعة نفسه، لا على وجه الوثيقة، فضمنها؛ كالمغصوب.

فإن هلكت؛ نظرت: فإن كان مما لا مثل له؛ ففى ضمانها وجهان:

أحدهما: يضمنها بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض إلى حين التلف؛ كالمغصوب، وتصير الأجزاء تابعةً للعين إن سقط ضمانها بالرد، سقط ضمان الأجزاء، وإن وجب ضمانها بالتلف؛ وجب ضمان الأجزاء.

والثانى: أنها تضمن بقيمتها يوم التلف - وهو الصحيح - لأنا لو ألزمناه قيمتها أكثر ما كانت، من حين القبض، إلى حين التلف؛ أوجبنا ضمان الأجزاء التالفة بالإذن، وهذا لا يجوز، ولهذا لو كانت العين باقيةً، وقد نقصت أجزاؤها بالاستعمال؛ لم يجب ضمانها.

وإن كان مما له مثل: فإن قلنا، فيما لا مثل له: إنه يضمن بأكثر ما كانت قيمته، لزمه مثلها.

وإن قلنا: إنه يضمن بقيمته يوم التلف؛ ضمنها بقيمتها.

واختلف أصحابنا فى ولد المستعارة:

فمنهم من قال: إنه مضمون؛ لأنها مضمونة، فضمن ولدها؛ كالمغصوبة.

ومنهم من قال: لا يضمن؛ لأن الولد لم يدخل فى الإعارة، فلم يدخل فى الضمان، ويخالف المغصوبة، فإن الولد يدخل فى الغصب، فدخل فى الضمان.

فإن غصب عينًا، فأعارها من غيره، ولم يعلم المستعير، وتلفت عنده، فضمن

المالك المستعير؛ لم يرجع بما غرم على الغاصب؛ لأنه دخل على أنه يضمن العين، وإن ضمنه أجرة المنفعة، فهل يرجع على الغاصب؟ فيه قولان؛ بناءً على القولين فيمن غصب طعامًا وقدمه إلى غيره.

أحدهما: يرجع؛ لأنه غره.

والثانى: لا يرجع؛ لأن المنافع تلفت تحت يده.

(الشرح) الأحكام: لا تنعقدُ العاريَّة إلا بإيجابٍ وقبولٍ؛ لأنه إيجابُ حقٍّ لآدميٍّ؛ فلا يصحُّ إلا بالإيجابِ والقبولِ؛ كالبيعِ والإجارة.

ويصحُّ بالقولِ من أحدهما، والفعل من الآخر، فإذا قال المستعيرُ: أَعِرْنى هذه العيْنَ، فسلّمها إليه المعير، انعقدَتْ، وإنْ قال المعير: أعرتُكَ هذه العين، فقبضها المستعير - انعقدتْ؛ لأنه إباحة للتصرُّف فى ماله، فصح بالقولِ مِنْ أحدهما والفعلِ من الآخر؛ كإباحة الطعام.

فصل: وإذا قبض المستعيرُ العيْنَ، ضمنها؛ وبه قال أحمَدُ[1]، وإسحاق.

وقال أبو حنيفة[2]: لا يضمن.

---

(١) قال فى شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٩٣): (والعوارى المقبوضة غير وقف ككتب علم ونحوها) كدروع موقوفة على غزاة (تلفت بلا تفريط) كسرقة من حرز مثلها (مضمونة) بكل حال نصا، وبه قال ابن عباس وعائشة وأبو هريرة؛ لقوله ﷺ لصفوان «بل عارية مضمونة» فأثبت الضمان من غير تفصيل، ولحديث سمرة مرفوعا: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» رواه أبو داود والترمذى وقال: حسن غريب. وأما الوقف فلا يضمن بلا تفريط؛ لأن قبضه ليس على وجه يختص مستعير بنفعه؛ لأن تعلم العلم وتعليمه والغزو من المصالح العامة أو لكون الملك فيه لغير معين، أو لكونه من جملة المستحقين له فأشبه سقوط قنطرة بمشيه عليها (بخلاف حيوان موصى بنفعه) إذا قبضه موصى له وتلف عنده فلا يضمنه إن لم يفرط؛ لأن نفعه مستحق له. وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه مرفوعا: «ليس على المستعير غير المغل ضمان».

أجيب عنه: بأن فى إسناده عمرا وعبيدا وهما ضعيفان، قاله الدارقطنى. فإن صح حمل على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال؛ جمعا بين الأخبار (بقيمة متقومة يوم تلف)؛ لأنه يوم تحقق فواتها (ومثل مثلية) كصنجة من نحاس لا صناعة بها استعارها ليزن بها فتلفت، فعليه مثل وزنها من نوعها.

(٢) قال فى تبيين الحقائق (٥/ ٨٤): قال - رحمه الله - (ولو هلكت بلا تعد لا يضمن) ولنا: قوله ﷺ «ليس على المستعير غير المغل ضمان» وهو قول على وابن مسعود - رضى الله عنهما - ولأنه قبضه بإذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء ولا على سبيل المبادلة، فلا يضمن كالإجارة الوديعة؛ وهذا لأن ضمان العدوان لا يجب إلا على المتعدى، ومع الإذن بالقبض =

دليلنا: ما روى عَنْ صفوانَ بْنِ أميَّة - رضى الله عنه - أنَّ رسولَ الله ﷺ اسْتَعَارَ مِنْهُ أَدْرُعًا يَوْمَ حُنَيْنٍ، فَقَالَ: أَغَصْبًا يَا مُحَمَّدُ؟ فَقَالَ: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ»، ولا يجوز حمله على ضمان الردِّ؛ لأنه وصف العين به، ولأن ضمانَ الردِّ قد عُلِمَ من قوله: «مؤدَّاة».

فإن قيل: كان أخذها بغير إذنه؛ ولهذا قال: «أَغَصْبًا يَا مُحَمَّدُ؟»:

قيل: قوله: «استعار» لا يحتمل الغصب، ولأنه قال: «بل عارية»، ولأنه روى أنه قال: «إِذَا أَتَتْكَ رُسُلِى، فَأَعْطِهِمْ كَذَا».

وقوله: «أغصبًا»؟ أى: تغصبنى إن لم أعرك.

فإنْ قيل: كان شرط الضمان، وبالشرط يجبُ الضمانُ لأهل الحربِ.

قلنا: صفوان كان مستأمنًا؛ فإنَّ امرأتَهُ أَخَذَتْ له الأمان يومَ الفتحِ، وردَّته إلى مكَّة، والحربىُّ إذا كان له أمانٌ، كان ماله مضمونًا؛ كمال المسلمين والذمى؛ فلا يكون لشرط الضمان فيما لم يجبْ ضمانه بالشرع فائدةٌ.

ولأنه مالٌ لغيره، أخذه لمنفعة نفسه، لا على وجه الوثيقة، فضمنها؛ كالمغصوب والمقبوض على وجه السومِ، وفيه احترازٌ من الوديعة والرهن.

فإنِ احتجُّوا بقوله - عليه السلام -: «لَيْسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ غَيْرِ المُغِلِّ ضَمَانٌ»[1] :

= لا يوصف بالتعدى؛ فانتفى الضمان ضرورة انتفاء القبض على وجه التعدى وانتفاء المبادلة؛ لأن وجوبه شرعا إما بعقد موجب للضمان أو بشبهته بأن كان فاسدا أو بالتعدى، فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهته؛ لأنه عقد تبرع والتعدى لا يتصور مع الإذن؛ ألا ترى أنه لو أذن له بالإتلاف فأتلفه لا يضمن؟! فهذا أولى؛ لأنه دونه، وحديث صفوان كان بغير إذنه لحاجة المسلمين، ؛ ولهذا قال: «أغصبا يا محمد» وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير إذنه بشرط الضمان كحالة المخمصة، ولأنه شرط له الضمان، والعارية إذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا فى رواية، ويحتمل أن يكون المراد بالضمان المذكور فى الحديثين ضمان رد العين فيحمل عليه، ولأن صفوان كان حربيا فى ذلك الوقت، ويجوز من الشروط بين الحربى والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين، وقوله - عليه الصلاة والسلام -: «على اليد ما أخذت» يقتضى رد العين وبه نقول؛ لأن رد العين واجب فى الأمانات، وإنما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق؛ لأن الرجوع به بسبب الغرور وهو لم يغره أحد؛ لأن المعير متبرع كالواهب، وليس على المحسنين من سبيل، وإنما وجب عليه مؤنة الرد؛ لأنه قبضه لنفسه .

(١) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٤١) من طريق عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حيان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . . . فذكره

=

قلنا: قال الدارقطنيُّ: رواه عمرو بن عبد الجَبَّار عن عبيدة بن حسان، عن عمرو بن شُعَيْب، وعمرو، وعبيدة ضعيفانِ، ثم تحمله على ضمان الأجزاء مع سلامتها.

قالوا: أخَذَها بإذْن صحيحٍ من المالك على وجه البدلِ، فلم يضمنْ؛ كالوديعة والمستأجر والموصى له بمنفعته.

قلنا: الوديعة أخذها لمنفعةِ مالكها، ويده كيده، والمستعير أخذه لمنفعة نفسه، ويده ليسَتْ كيده؛ ولهذا قالوا: إذا جاوز بالعاريَّة الموضعَ المأذون له فيه ثم ردها إلى الموضع لم يبرأ من الضمانِ، ولو تعدَّى فى الوديعة، ثم ردَّها إلى الموضع، برئ، والمستأجر والموصَى له بالمنفعة قَبَضَ باستحقاق، وهذا قبض من غير استحقاق، ولا وثيقة؛ فتعلَّق به الضمان، ولأن القبضَ فى هذه الأشياءِ لا يوجبُ الضمان؛ ولهذا لو قبضها من الغاصبِ، فضمن رجع به، ولو ضمن المستعير، لم يرجعْ به.

قالوا: ولأن الأجزاء لا تضمنُ، وهى المعقود عليها؛ فالعين أَوْلَى:

قلنا: يبطلُ بالمستعيرِ من الغاصبِ، ثم الأجزاء مأذونٌ فى إتلافها، والعين مأذونٌ فى إمساكها، وذلك لا يسقطُ الضمان؛ كالقرض.

فصل: وسواءٌ فى ذلك الحيوانُ وغيره.

وقال مالكٌ: لا يضمنُ الحيوان إذا ماتَ حتْفَ أنفه.

دليلنا: ما تقدَّم، ولأنَّها عين مقبوضة عن عاريَّة؛ فأشبه غير الحيوان.

واحتجُّوا بما روى أنَّه: «لَيْسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ ضَمَانٌ».

قلنا: هو غير معروف هذا الإطلاق؛ فلا يلزمُ الجوابُ عنه، ولأنَّهم لا يستعملونه فى غير الحيوان؛ فلم يصحَّ حمله على ظاهره.

قالوا: حيوان قبضه لمنفعةِ نفسِهِ؛ فلم يضمنْهُ مع عدم التعدِّى؛ كالعبد الموصى له بخدمته.

قلنا: يبطل به إذا أخذه على وَجْه القرض، وبالمغصوب، ثم المعنى فى الأصل:

= قال: عمرو، وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضى غير مرفوع ثم ساقه بإسناده عنه. وأخرجه أيضا الدارقطنى من طريق يزيد بن عبد الملك عن عمرو بن عبد الرحمن الحجبى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ (لا ضمان على مؤتمن) وهذا الطريق ضعفه الحافظ فى تلخيص الحبير (٣/ ٢١٠).

أنه لو كان مِنْ غير الحيوانِ كالثياب ونحوها، لم يكنْ مضمونًا عليه، وفي العاريَّة بخلافه.

فصل: وسواءٌ شرط الضمان في العاريَّة أو لم يشرطه.

وقال قتادة، وعبيد الله بن الحسن العنبريُّ: إنْ شرط ضمانها، كانتْ مضمونةً، وإن لم يشرط ضمانها، كانتْ أمانة(١).

---

(١) أما الآخرون فهذي مذاهبهم:

مذهب الحنفية:

اختلف مشايخ المذهب فيما إذا اشترط المتعاقدان أو أحدهما ضمان المستعار في عقد الإعارة هل يصح أم لا؟ ففي رواية: يصح الشرط ويكون المستعار مضمونا على المستعير.

قال صاحب الجوهرة: إن شرط في الإعارة ضمان المستعار كان مضمونا بالشرط؛ لقوله - عليه السلام - لصفوان بن أمية حين استعار منه أدرعا يوم حنين، وقال له صفوان: أغصبا تأخذها يا محمد؟ قال - عليه السلام -: «بل عارية مضمونة»، قال: فضاع بعضها، فعرض عليه النبي ﷺ أن يضمنها له، قال: أنا اليوم في الإسلام أرغب. فأخذها بشرط الضمان، فالمستعير وإن كان لا يضمن في الأصل إلا أنه يضمن بالشرط.

والذي عليه أكثر المشايخ: هو أن شرط الضمان باطل؛ ففي الينابيع والفتاوى البزازية وغيرها: لو قال: أعرني دابتك أو ثوبك فإن ضاع فأنا ضامن له، فأعاره، ثم ضاع - فالشرط لغو ولا يضمن المستعير؛ لما سبق ذكره من أمانة المستعير، والضمان المذكور في الحديث يحتمل أن يكون ضمان رد العين فيحمل عليه. ينظر تكملة حاشية ابن عابدين (٢/ ٣٨٣)، الجوهرة النيرة (١/ ٣٥١)، الفوائد السنية (٢/ ٩٠)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٥/ ٨٥).

مذهب المالكية:

إن شرط المعير الضمان على المستعير فيما لا يغاب عليه - أي لا يمكن إخفاؤه - كالدواب ونحوها - فقول مالك وجميع أصحابه أن الشرط باطل جملة من غير تفصيل؛ لأن عدم ضمانه بطريق الأصالة، وحينئذ فلا ينتفع المعير بشرطه.

ولم يخالف في هذا إلا مطرف فإنه قال: إن شرط المعير على المستعير ضمان المستعار؛ لأمر خافه من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو ما أشبه ذلك - فالشرط لازم، ويلزم المستعير ضمانه إن تلف المستعار في الأمر الذي خافه واشترط الضمان من أجله؛ لأن المعير قصد الإحسان إلى المستعير إن سلم المستعار، ورفع الضرر عن نفسه فيما له مندوحة عنه.

والمعتمد: أنه لا ضمان ولا عبرة بشرط المعير لذلك ولو لأمر خافه. وتنقلب الإعارة مع شرط الضمان إجارة فاسدة؛ فكأن المعير قد أجرها بقيمتها المشروط دفعها عند الفوات، وهي مجهولة؛ فكانت إجارة فاسدة. وحينئذ ففيها أجرة المثل إن استوفى المنفعة وهلكت العين في يده. ويجب فسخها قبل استيفاء المنفعة لفسادها.

وإن شرط المستعير نفي الضمان عن نفسه فيما يغاب عليه - أي ما يمكن إخفاؤه - =

دليلنا: ما تقدَّم، ولأنَّه إذا ألزمه الضمان بالشرط، ثبت أنَّه من جنْسِ المضمونات.

فصل: فإن انتفَعَ بها، ثمَّ ردَّها، فلا شيء عليه؛ لأنَّ المنافع مأذونٌ له فى إتلافها، وإن ردَّها وقد تلف شىء من أجزائها بالاستعمالِ، مثل أنْ ذهب خمل المنشفة بفتح الخاء وتسكينِ الميمِ - أى: هدبها، باستعمالها، أو خلق الثوبُ أو تَخرَّق بعضه باستعماله على الوجه المأذونِ فيه - لم يضمنْ ذلك؛ لأنَّه مأذونٌ له فى إتلافه خلاف العين.

وإنْ أعاره سَيْفًا يقاتل به، فانكسر: قال فى «الإيضاح»: فقد قيل: لا ضمانَ فى كَسْره؛ كما لا ضمان فى إخلاق الثوبِ بلُبْسه الذى أعير لذلك، وإنَّما يضمنُ قيمة ذلك عند تلفه أصلًا.

فإن قيل: إذا تلفَتِ العاريةُ فى الحال قبل أن يستعملها، وقلتم: وجَبَ عليه قيمتها، والأجزاء مأذونٌ فى إتلافها - تقوَّمُ عليه؛ فلم لا قُوِّمت عليه هاهنا؟

= كالثياب والجواهر، ففيه قولان:

الأول - يضمن ولا ينفعه الشرط؛ لأن الضمان عليه بطريق الأصالة، وشرطه هذا يزيده تهمة، ولأنه من باب إسقاط الحق قبل وجوبه فلا يعتبر.

الثانى - لا يضمن وينفعه الشرط؛ لأنه معروف وإحسان من وجهين: فالإعارة فى حد ذاتها معروف، وإسقاط الضمان فيها معروف آخر.

والقول الأول هو الأرجح. المراجع السابقة.

وعلى كلا القولين لا يفسد ذلك الشرط عقد الإعارة.

وقيل: يفسده ويكون للمعير أجرة ما أعاره. ينظر حاشية العدوى على شرح أبى الحسن (٢/ ٢٤٠)، والمراجع السابقة.

مذهب الحنابلة:

إن شرط المستعير عدم ضمان المستعار وقبله المعير لم يسقط الضمان ويلغو الشرط؛ لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره شرط خلافه، ويلغو لمنافاته مقتضى العقد، وهذا بخلاف ما إذا أذن له فى إتلافه؛ لأن الإتلاف فعل يصح الإذن فيه ويسقط الضمان معه.

أما إسقاط الضمان هنا فنفى للحكم مع وجود سببه، وليس ذلك للمالك ولا يملك الإذن فيه. وقال أبو حفص العكبرى: يعمل بالشرط ويسقط الضمان.

قال أبو الخطاب: وروى عن أحمد ما يشير إلى هذا؛ لأن المعير لو أذن للمستعير فى إتلاف المستعار لم يلزمه ضمانه؛ فكذلك إذا أسقط ضمانه عنه. ينظر كشاف القناع (٢/ ٣٢٣، ٣٣٦)، والمغنى والشرح الكبير (٥/ ٣٥٦، ٣٦٦).

مذهب الظاهرية:

اشتراط ضمان المستعار على المستعير باطل؛ لأنه شرط ليس فى كتاب الله - عز وجل - فهو باطل، ينظر المحلى (٩/ ١٧٠).

قلنا: لأنَّ هناك لا يمكنُ إفراد العين من هذه الأجزاء فى التقويمِ؛ فإنه لا يدرى كم يبلى منه بالاستعمالِ، وكم يذهب مِنْ أجزائه؛ فلذلك وجب تقويمه بجميع أجزائه، وهاهنا: بخلافه؛ فافْتَرَقا.

فصل: فإنْ هلكَتِ العين - نظرْتَ:

فإن كان مما لا مِثْلَ له، فعلى قول أبى العباس: يجبُ عليه قيمتها أكثَرَ ما كانَتْ قيمة من حين القبضِ إلى حين التلفِ.

وعلى قولِ سائر أصحابنا فى ضمانها وجهانِ:

أحدهما: يضمنها بأكثَر ما كانت قيمة مِنْ حين القبضِ إلى حين التلف؛ كالمغصوب، وتكونُ الأجزاء تابعة للعين على هذا الوَجْه: إن سقَطَ ضمانها بالرد، سقط ضمان الأجزاء، وإن وجب ضمانها بالتلف، وجب ضمان الأجزاء؛ فوافق هذا أبا العباس فى حال التلف دون حالها فى الرد.

والثانى: أنها تضمنُ بقيمتها يوم التلفِ؛ وهو الصحيحُ؛ لأنَّا لو ألزمناه قيمتها أكثَرَ ما كانَتْ قيمة من حين القبضِ إلى حينِ التلفِ، أوجبنا ضمان الأجزاء التالفة بالإذن، وهذا لا يجوز؛ ولهذا لو كانت العين باقية وقد نقصت أجزاؤها بالاستعمال لم يجب ضمانها، وهكذا لو أتلفها المستعير هو على ما ذكرناه.

فصل: وإن كان مما له مثل، ويتصور هاهنا فى الدراهم والدنانير إذا جوزنا إعارتها فى أحد الوجهين الذين فى الدكاكين؛ لأنه يمكن الاستنفاع بها مع بقائها؛ فكان على وجهين كإجارتها لذلك - فإن قلنا: فيما لا مثل له إنه يضمن بأكثر ما كانت قيمته، لزمه مثلها. وإن قلنا: إنه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها يوم التلف فإن اختلفا فى القيمة، فالقول قول المستعير مع يمينه؛ لأنه غارم.

فصل: ونفقة العارية على المالك، فإن شرطها على المستعير، فالعارية باطلة، فإن تصرف المستعير فيها فهو ضامن للعين دون المنفعة؛ لأن حكم الفاسد من العقود حكم الصحيح، والعارية الصحيحة تضمن فيها العين دون المنفعة، فكذلك الفاسدة.

وقيل: عليه ضمان المنفعة، وليس بشىء[1].

---

(١) قال فى تبيين الحقائق (٥/ ٨٥): يجب على المستعير نفقة العارية.

فصل: وإن قال: أعرتك هذا على أن ضمانه عليك، وعلى زيد فقبل زيد، فالإعارة باطلة؛ لأن ضمان الأعيان لا يصح، فإن تلفت العين، كان ضمانها على المستعير دون زيد.

وإن قال: أعرتك على أن لا ضمان عليك، فالإعارة باطلة، ويضمنها بالقبض.

وإن أودعه وديعة، ثم أذن له أن ينتفع بها، صارت عارية، وعليه ضمانها.

وإن أعاره شيئًا، ثم قال: قد أبطلت العارية، ولتكن فى يدك وديعة - سقط الضمان وصارت وديعة.

فصل: واختلف أصحابنا فى زيادة العارية: كالولد، ونحوه: فمنهم من قال: إنها تكون مضمونة على المستعير؛ لأن كل عين ضمن أصلها، ضمن زيادتها؛ كالمغصوبة.

ومنهم من قال: لا تضمن، وهو الصحيح؛ لأن الزيادة لم تدخل فى الإعارة، فلم تدخل فى الضمان.

فصل: فإن غصب عينًا فأعارها من غيره ولم يعلم المستعير وتلفت عنده - فللمالك أن يضمن من شاء منهما قيمتها.

فإن ضمن المستعير، فإن كانت قيمتها يوم التلف أكثر لم يرجع بما غرمه على الغاصب، ولا بشىء منه؛ لأنه دخل فى العقد على أنه يضمن العين؛ لأن العارية مضمونة على المستعير.

وإن ضمن الغاصب، رجع بها على المستعير.

وإن كانت قيمتها يوم قبض المستعير أكثر، فإن ضمنها المستعير لم يرجع بما هو قيمتها يوم التلف على الغاصب لما ذكرناه، وله أن يرجع بما زاد على قيمتها يوم التلف؛ لأن الذى يلزم المستعير قيمتها يوم التلف على الصحيح من المذهب؛ فثبت له الرجوع بذلك.

وإن ضمنه أجرة المنفعة، فهل يرجع بها على الغاصب؟ فيه قولان بناء على القولين فيمن غصب طعامًا وقدمه إلى غيره:

أحدهما: يرجع؛ لأنه غره.

الثانى: لا يرجع؛ لأن المنافع تلفت تحت يده، وإن رجع على الغاصب بقيمتها، وأجرة المنفعة رجع الغاصب على المستعير بقيمتها يوم التلفِ، وهل يرجعُ بأجرة

المنفعة؟:

إن قلنا: إنَّ للمستعير أنْ يرجع بها على الغاصبِ إذا ضمنها، لم يرجعْ هو عليه.

وإن قلنا: ليس للمستعير أنْ يرجع بها عليه إذا ضمنها، رجع هو عليه.

فصل: وإذا استأجر عينًا، وأعارها لغيره - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمنها المستعير؛ كما لا يضمنها المستأجر.

والثاني: يضمنها؛ كما لو استعارها مِنَ المالك.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) ويجوز للمعير أن يرجع فى العارية بعد القبض، ويجوز للمستعير أن يرد؛ لأنه إباحة، فجاز لكل واحدٍ منهما رده؛ كإباحة الطعام، وإذا فسخ العقد؛ وجب الرد على المستعير؛ لما روى ابن عباسٍ - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدرعًا وسلاحًا، فقال: أعارية مؤداة؟ قال: «عارية مؤداة» ويجب ردها إلى المعير، أو إلى وكيله، فإن ردها إلى المكان الذى أخذها منه؛ لم يبرأ من الضمان؛ لأن ما وجب رده؛ وجب رده إلى المالك، أو إلى وكيله؛ كالمغصوب، والمسروق.

(الشرح) قوله: «أدرعًا وسلاحًا»[1] السلاح: اسم لكل ما يُقاتل به من الحديد وغيره، وجمعه: أسلحة.

قال الطرماح[2] وذكر ثورًا يهز قرنه على الكلاب ليطعنها به:

يهز سلاحًا لم يرثها كلالةً		يشك بها منها أصول المغابن[3]

قوله: «عارية مؤداةٌ»[4] بالهمز، أى: مردودة. وأدى دينه: إذا قضاه، والاسم: الأداء، وهو آدَى للأمانة منك، بمد الألف.

الأحكام: يجوزُ للمعير أنْ يرجع فى العاريَّة بعد القبضِ متَى شاء، سواء أطلق العارية أو أعارها إلَى وقْتٍ معلومٍ، ويجوزُ للمستعيرِ أنْ يردَّها متى شاء؛ وبه قال أبو

---

(١) ينظر: النظم (٢/١٧).
(٢) ينظر: ديوانه (١٧١).
(٣) البيت فى ديوانه ص (٥٠٩)، واللسان (سلح، بزغ)، والتاج (سلح)، وأساس البلاغة (كلل)، والمخصص (١٧/ ٢٠).
(٤) ينظر: النظم ٢/ ١٨.

حنيفة، وأحمد.

وقال مالك[١] : تلزمُ بقبول المستعيرِ، وليس للمالكِ الرجوعُ فيها قبل انتفاعِ المستعير.

فإنْ وقَّتَ له مدَّةً، لزمه تركها إلى انقضائها، وإن لم يؤقِّتْ، وأطلق، لزمه تركها مدة ينتفعُ فى مثلها.

دليلنا: هو أنه إباحة؛ فجاز لكلٍّ واحد منهما ردُّه أيَّ وقت شاء؛ كإباحة الطعامِ،

(١) قال فى حاشية الدسوقى (٣/ ٤٣٩): (ولزمت المقيدة بعمل) كإعارة أرض لزرعها بطنا أو أكثر، مما لا يخلف كقمح، أو يخلف كبرسيم وقصب (أو أجل) كسكنى دار شهرا مثلا (لانقضائه) أى ما ذكر، وهو العمل فى الأولى، والأجل فى الثانية (وإلا) تقيد بواحد منهما كإعارة ثوب ليلبسه، أو أرض ليزرعها، أو دار ليسكنها (فالمعتاد) هو اللازم، وهو ما جرت العادة بأنه يعار إليه فليس لربها أخذها قبله؛ لأن العرف كالشرط ولكنه ينافى قوله: وله الإخراج فى كبناء . . . إلخ، فإنه يقتضى أن له ذلك بشرط الآتى على أن الراجح أن للمعير أن يرجع فى الإعارة المطلقة متى أحب، وأجيب بأن محل قوله: وإلا فالمعتاد، فيما أعير للبناء والغرس وحصلا، لا إن لم يحصلا ولا فيما أعير لغيرهما كإعارة الدابة للركوب، والثوب للبس، والدار للسكنى على المذهب، خلافا لظاهر المصنف ومحل لزوم المعتاد فى البناء والغرس إذا لم يدفع المعير للمستعير ما أنفقه، وإلا فله الرجوع قبل مضى المعتاد كما أشار له بقوله: (وله الإخراج) أى إخراج المستعير (فى كبناء) وغرس ولو بقرب الإعارة قبل المعتاد؛ لتفريطه بعدم التقييد (إن دفع ما أنفق) من ثمن الأعيان التى بنى بها أو غرسها، ومن أجرة الفعلة .

وقال فى بدائع الصنائع (٦/ ٢١٦): للمعير أن يرجع فى العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتا، وعلى هذا: إذا استعار من آخر أرضا ليبنى عليها أو ليغرس فيها، ثم بدا للمالك أن يخرجه - فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة؛ لما قلنا، غير أنها إن كانت مطلقة فله أن يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء؛ لأن فى الترك ضررا بالمعير؛ لأنه لا نهاية له، وإذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئا من قيمة الغرس والبناء؛ لأنه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور، ولا غرور من جهته؛ حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتا فأخرجه قبل الوقت، بل هو الذى غرر نفسه حيث حمل المطلق على الأبد، وإن كانت موقتة فأخرجه قبل الوقت لم يكن له أن يخرجه .

وقال ابن قدامة فى المغنى (٥/ ١٣٣): وللمعير الرجوع فى العارية أى وقت شاء، سواء كانت مطلقة أو مؤقتة، ما لم يأذن فى شغله بشىء يتضرر بالرجوع فيه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال مالك: إن كانت مؤقتة، فليس له الرجوع قبل الوقت، وإن لم تؤقت له مدة، لزمه تركه مدة ينتفع بها فى مثلها؛ لأن المعير قد ملكه المنفعة فى مدة، وصارت العين فى يده بعقد مباح؛ فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك، كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر .

فأمَّا قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] فمحمولٌ على الاستحباب، وعلى ما يجبُ الوفاء به؛ بدليل ما ذكرناه.

واحتجَّ له: بأنَّ المعير قد ملكه المنفعة مدَّة معلومة، وصارت فى يده بعقد مباحٍ؛ فلم يكنْ له الرجوعُ فيها بغير اختيار المالكِ؛ كالعبد الموصَى بخدمته.

قلنا: المنافع المستقبلةُ لم تحصلْ فى يده؛ فلا يملكها بالإعارةِ؛ كما لو لم تحصلِ العين فى يده، وأمَّا الموصى بخدمته: فللموصى أن يرجع فيه فى حياتِهِ، وإنما لم ترجعِ الورثة؛ لأن الذى تبرع به غيرهم.

فصل: فإذا فسخ العقد، وجب الردُّ على المستعير؛ لما روى ابن عَبَّاس - رضى الله عنه - أن النبىَّ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ أَدْرُعًا وَسِلاحًا، فَقَالَ: «إِعَارَةٌ مُؤَدَّاةٌ»، قيل: كانتْ مائة درع، فتلف منها نيِّف وستون، فقال له النبىُّ ﷺ: «إِنَّا قَدْ فَقَدْنَا مِنْ أَدْرَاعِكَ أَدْرُعًا، فَهَلْ نغرمُ لَكَ؟» قَالَ: لَا يَا رَسُولَ الله وذلك بعد أن أَسْلَمَ - لأَنَّ فِى قَلْبِى الآنَ مَا لَمْ يَكُنْ يَوْمَئِذٍ.

فصل: ويجبُ ردُّها إلى المعيرِ، أو إلى وكيلِهِ؛ لأنَّ يد الوكيل كيد الموكِّل فى الحُكْم.

فإنْ ردَّها إلى المكانِ الذى أخَذَها منه بأنْ تركَهَا خَلْفَ الباب، وردَّ الباب، أو ردَّ الدابَّة إلى الإصطبلِ، وشدَّها فيه، أو ردَّها إلى زوجتِهِ أو جاريته، لم يبرأْ من الضمان بذلك.

وقال أبو حنيفة[1] : إذا ردَّها إلى ملكه، برئ من الضمان.

---

(١) مذهب الحنفية:
إذا جاء المستعير بالمتاع المستعار له وألقاه فى دار المعير، أو جاء بالدبة فأدخلها فى إصطبله - كان ردا صحيحا، حتى لو هلكت قبل قبضها لا يضمن استحسانا؛ لأنه أتى بالتسليم المتعارف؛ لأن رد العوارى إلى دار الملاَّك معتاد كآله البيت، ولو سلمه للمالك فالمالك يرده إلى الدار أو الإصطبل؛ فكان الرد إليهما ردا على المالك .
وفى القياس: هو ضامن؛ لأنه ما رد المستعار على مالكه بل ضيعه، ولأن الله - سبحانه - أمر برد الأمانات إلى أهلها، وأهلها مالكها؛ فيلزم الرد للمالك . وهو قول زفر . وهذا الخلاف فى الأشياء التى تكون فى يد الغلمان عادة . وأما إذا لم تكن فى أيديهم عادة كعقد جوهر ونحو ذلك من كل شىء نفيس، فلا يصح رد المستعير له إلا بالتسليم للمالك، فلو وضعه فى داره أو إصطبله أو سلمه لغيره يضمن؛ لعدم جريان العادة بذلك فى الأشياء النفيسة .
ولو رده المستعير مع خادمه أو ابنه أو أجيره أو بعض من فى عياله لم يضمن؛ لأنه أمانة =

دليلنا: هو إن وجَبَ رده، وجَبَ ردُّه إلى المالك، أو إلى وكيلِهِ؛ كالمغصوب

= وللمستعير حفظها على يدهم، وكذا لو رده مع خادم المعير أو ابنه أو أجيره أو بعض من فى عياله لم يضمن أيضا؛ لأن المالك يحفظه بهؤلاء عادة فكان الدفع إليهم كالدفع إلى المالك عادة، ولو سلمه إلى المالك ليسلمه هو إليهم .

والمراد بالأجير: هو ما يكون مسانهة أو مشاهرة؛ لأنه هو الذى يعد مع من فى عياله، بخلاف الأجير مياومة؛ لأنه لا يعد كذلك .

وقيل: لا يبرأ المستعير إلا إذا رد الدابة على الخادم الذى يقوم بها ويتعهدها كالسائس، والأصح: أنه يبرأ بتسليمها لخادم المعير مطلقا وإن كان لا يتعهد الدواب؛ لأن المالك يدفع إليه الدواب بعض الأحيان فيكون رضاه موجودا دلالة، وإن سلمه المستعير لأجنبى ليرده إلى المالك ضمنه، وهذه المسألة محمولة عند بعض الحنفية على ما إذا كانت الإعارة مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبى؛ لأن المستعير بإمساكها بعد الوقت يضمن لتعديه، فكذا إذا تركها فى يد الأجنبى؛ أو أنه باستيفاء مدتها يصير المستعير مودعا، والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق، وفى هذه المسألة آراء متعددة - تراجع فى المطولات - أساسها أن الصحيح فى المذهب: أن المستعير؛ يملك إيداع المستعار كما سبق فى تصرفات المستعير فالحكم هنا يتعارض مع الحكم هناك .

مذهب المالكية:

وإذا رد المستعير المستعار الذى يتعذر إخفاؤه كالدابة مع خادمه أو رسوله أو نحوهما، فتلفت أو ضلت - فإنه لا ضمان عليه؛ لأن شأن الناس هذا وعادتهم جارية بذلك . أما فى المستعار الذى يمكن إخفاؤه كالثياب والحلى فإنه يضمنه، ولا يصدق فى ذلك .

وقال ابن رشد: من حق المستعير أن يشهد على تسليمه المستعار للمعير وإن كان قد أخذه منه بلا إشهاد .

مذهب الحنابلة:

وعلى المستعير رد المستعار إلى المالك فى الموضع الذى أخذه منه، إلا أن يتفقا على رده إلى غيره، ولا يجب على المستعير أن يحمله له إلى موضع آخر غير الذى استعاره فيه . فإذا أخذه المستعير بدمشق وطالبه مالكه به فى بعلبك: فإن كان المستعار معه لزمه دفعه له؛ لعدم الضرر، وإن لم يكن معه فلا يلزمه حمله إلى بعلبك؛ لأن الإطلاق إنما اقتضى الرد من حيث أخذ - إعادة للشىء إلى ما كان عليه - فلا يجب ما زاد .

وعلى المستعير تسليم المستعار إلى المعير أو وكيله فى قبضه، ويبرأ بذلك من ضمانه، وكذلك يبرأ من ضمانه إن سلمه إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يديه كتسليم الدابة إلى سائسها وتسليم الدابة وغيرها من العوارى إلى زوجة المعير المتصرفة فى ماله، أو خازن أمواله، أو وكيله العام فى قبض حقوقه إذا سلم إليهم ما جرت عادتهم بقبضه، وهذا هو الجارى على قياس المذهب قاله القاضى فى المجرد؛ لأن أحمد قال فى الوديعة: إذا سلمها المودع إلى امرأته لم يضمنها، ولأن المستعير مأذون فى ذلك عرفا .

وإن رد المستعير الدابة المستعارة إلى اصطبل مالكها، أو ردها إلى المكان الذى أخذها منه أو إلى ملك صاحبها ولم يسلمها لأحد - لم يبرأ بذلك من ضمانها .

وكذلك لا يبرأ من ضمانها إن سلمها إلى غلامه القائم بخدمته وقضاء أموره، عبدا كان =

والمسروق.

قالوا: ردّ العارية في العادة هكذا؛ فيصير مأذونًا له فيه مِنْ جهة العادة.

قلنا: لا نسلِّم أنَّ العادة فيها ذلك؛ بل الغالبُ من أمر الناسِ ردُّها إلى أصحابها، أو مَنْ يقومُ مقامهم، ثمَّ يبطل برد المسروقِ؛ فإنَّ العادة فيه الردُّ في الحقيقةِ إلى ملكِ مالكِهِ، ثمَّ لا يسقطُ به الضمان، ولأنَّ ملكَ الإنسانِ لا يجرى مَجْرى يده؛ بدليلِ أنَّه إذا أمسك صيدًا ملكه، ولو جعل في ملكه بأنْ عشَّش في حائطه أو توحل في أرضه، لم يملكه.

فصل: وإنْ مات المستعير، وجَبَ على الوارث ردُّها، فإنْ لم يفعلْ، ضمنها وجاز وصفها بالضمان مع بقائها، وإن كانتْ إنما تضمنُ بعد تلفها؛ كالعين المغصوبة والمقبوضة على وجه السوم في البيع وبالشراء الفاسد، وإن تصرَّف فيها كتصرُّف المستعير، لزمه أجرة المثل مع ضمانِ عينها؛ كالغاصب.

وإنْ مات المعيرُ فعلى المستعيرِ ردُّها إلى وارثه أو وصيِّه، فإنْ لم يفعلْ، لزمه أجرة المثل؛ لأنَّ الإعارة بطلَتْ بالموت، ولذلك إن حجر على المعير لسفه أو جنون أو رِدَّة، وجب على المستعير ردُّها إلى الناظرِ في مالِهِ لفسخ العارية بذلك.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) ومن استعار عينًا، جاز له أن يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله؛ لأن الوكيل نائب عنه.

وهل له أن يعير غيره؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ كما يجوز للمستأجر أن يؤجر.

والثاني: لا يجوز - وهو الصحيح - لأنه إباحة، فلا يملك بها الإباحة لغيره؛ كاباحة الطعام.

= أو حرا، أو سلمها إلى عياله الذين لا عادة لهم بقبض ماله؛ لأنه لم يسلمها إلى مالكها ولا نائبه فلم يبرأ كالأجنبي.

ينظر: الهداية والعناية بتكملة فتح القدير (٧/ ١١١، ١١٢)، تكملة حاشية ابن عابدين (٢/ ٤٠٠، ٤٠٤)، البدائع (٦/ ٢١١)، الجوهرة النيرة (١/ ٣٥٢)، الاختيار (٢/ ١٢١)، الحطاب (٥/ ٢٧٢، ٢٧٣)، الخرشي (٦/ ١٤٩)، الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٤٦)، شرح الخرشي (٦/ ١٤٨)، كشاف القناع وشرح المنتهى لهامشه (٢/ ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٣٨)، الروض المربع (٢/ ٣٢٠).

ويخالف المستأجر، فإنه يملك المنافع، ولهذا يملك أن يأخذ عليه العوض، فملك نقله إلى غيره؛ كالمشترى للطعام، والمستعير لا يملك، ولهذا لا يملك أخذ العوض عليه، فلا يملك نقله إلى غيره، كمن قدم إليه الطعام.

(فصل) وتجوز الإعارة مطلقًا ومعينًا؛ لأنه إباحة فجاز مطلقًا ومعينًا كإباحة الطعام.

فإن قال: أعرتك هذه الأرض، لتنتفع بها جاز له أن يزرع، ويغرس، ويبنى؛ لأن الإذن مطلق.

وإن استعار للبناء، أو للغراس، جاز له أن يزرع؛ لأن الزرع أقل ضررًا من الغراس والبناء، فإذا رضى بالبناء، والغراس؛ رضى بالزرع.

ومن أصحابنا من قال: إن استعار للبناء؛ لم يزرع؛ لأن فى الزرع ضررًا ليس فى البناء، وهو أنه يرخى الأرض.

وإن استعار للزرع، لم يغرس، ولم يبن؛ لأن الغراس والبناء أكثر ضررًا من الزرع، فلا يكون الإذن فى الزرع إذنًا فى الغراس، والبناء.

وإن استعار للحنطة، زرع الحنطة، وما ضرره ضرر الحنطة؛ لأن الرضا بزراعة الحنطة رضًا بزراعة مثله.

وإن استعار للغراس، أو البناء؛ ملك ما أذن فيه منهما.

وهل يملك الآخر؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يملك الآخر؛ لأن الغراس، والبناء يتقاربان فى البقاء والتأبيد؛ فكان الإذن فى أحدهما إذنًا فى الآخر.

والثانى: أنه لا يجوز؛ لأن فى كل واحدٍ منهما ضررًا ليس فى الآخر، فإن ضرر الغراس فى باطن الأرض أكثر،

وضرر البناء فى ظاهر الأرض أكثر، فلا يملك بالإذن فى أحدهما الآخر.

(الشرح) قوله: «فى البقاء والتأبيد»[1] التأبيد هو الثبوت والإقامة على الأبد، والأبد: الدهر، يقال: لا أفعله، أبد الآبدين، أى: دهر الداهرين، وقول الله تعالى: ﴿خَٰلِدِينَ فِيهَآ أَبَدًاۖ﴾ [البينة: ٨] منه يقال: أبد بالمكان يأبد أبودًا: إذا أقام به.

---

(١) ينظر: النظم (٢/١٨)، والصحاح مادة: (أبد)، المصباح المنير، والقاموس المحيط، وأساس البلاغة مادة: (أبد).

وفى اصطلاح الفقهاء: تقييد التصرف بالأبد، وهو: الزمان الدائم بالشرع أو العقد.

ويقابله التوقيت والتأجيل؛ فإن كلًّا منهما يكون إلى زمن ينتهى[(١)].

الأحكام: من استعار عينًا، جاز له أن يستوفى منفعتها بنفسه، وبوكيله؛ لأنَّ الوكيلَ نائبٌ عنه، ولا يجوزُ له أن يكريها؛ لأنه لا يملكُ المنفعة بالعقد، وإنَّما يملكها بالاستيفاء حالًا فحالًا، فلا يجوزُ أن يملكها غيره، ولأنَّ العارية عقد لا يلزمُ، والإجارة عقدٌ لازمٌ؛ فلا يجوزُ أنْ يترتَّب اللازم على غير اللازم.

فصل: وهلْ له أن يعيرها لغيره؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه عقد على المنفعةِ، فملك به الإعارة؛ كما يجوز للمستأجر أنْ يؤجر ما استأجره.

والثانى: لا يجوزُ، وهو الصحيحُ؛ لأنَّه إباحة؛ فلا يملكُ بها الإباحة لغيره؛ كإباحة الطعام، والدليلُ على أنه إباحةٌ: أنه تبرّع لم يتصلْ به القبض؛ فلا يملك به ذلك؛ كالهبة؛ ولأنه عقد على المنفعة، فلم يملكْهُ المستعيرُ بالإعارةِ؛ كالإجارة، ولأنّه لو ملَكَ بالإعارةِ ذلك، لَمَلَكَ الاعتياض عليه؛ كالمشترى والموهوب له، ويخالف المستأجر، فإنه يملكُ المنافع؛ ولهذا يملكُ أنْ يأخذ عليها العوض، فملك نقله إلَى غيره؛ كالمشترى للطعام، والمستعير لا يملكُ المنافع؛ ولهذا لا يملك أخذ العوض عليها، ولا يملكُ نقلها إلى غيره؛ كمن قدّم إليه الطعام.

فصل: فإنْ قال له المالك: قد أعرتك، ولك إعارتها فيمن شئْت، قال فى «الإيضاح»: فإذا أعارها لغيره، وتلفت عند الثانى، فللمالك أن يضمنَ مَنْ شاء منهما، فإنْ ضمن الأوّل، رجع به على الثانى، وإنْ ضمن الثانى، لم يرجعْ به على الأوّل.

فصل: وتجوزُ الإعارةُ مطلقًا من غير تأقيتٍ[(٢)]؛ لأنَّ له الرجوعَ فيها متى شاء، فتقديرها لا يفيدُ اللزوم، وتجوز إلى مدّة معلومة؛ لأنه إذا جاز فيها الإطلاقُ، فالتقييدُ أَوْلَى.

---

(١) ينظر: حاشية قليوبى مع شرح المحلى على المنهاج (٢/ ٣١٥)، والكليات للكفوى (١/ ٢٦).

(٢) مذهب الحنفية: الإعارة لا تخلو إما أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع. أو مقيدة بهما. =

....

= أو مقيدة بأحدهما: فإن كانت مطلقة فيهما لمن استعار دابة أو ثوبا ولم يسم مكانا ولا زمانا ولا ركوبا ولا حملا، كان للمستعير أن يستعملها فى أى مكان وزمان شاء، وله أن يركب ويلبس ويحمل ما شاء؛ لأن المعير أمره بالانتفاع مطلقا . والمطلق يتناول أى انتفاع شاء فى أي وقت شاء، إلا أنه إن كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة كان تعيين نوع الانتفاع والمنتفع مفوضا إلى المستعير، فإن شاء استعمل الدابة مثلا فى الحمل عليها أو فى الركوب بنفسه أو غيره، وأى ذلك فعل تعين؛ فلا يمكنه أن يفعل غيره بعد ذلك؛ لأن المطلق إذا تبين بقيد لا يبقى مطلقا بعد ذلك .

فإذا أركب المستعير غيره تعين هذا الغير منتفعا حتى لو ركب المستعير بعد ذلك بنفسه ضمن، وهو الصحيح؛ لأن الانتفاع تعين بالفعل فيكون خلافة تعديا .

وقال شيخ الإسلام - المعروف بخواهر زاده - الأصح عندى أنه لا يضمن؛ لأن المستعير من المستعير إذا لم يضمن بالركوب أو اللبس؛ لأنه استعمل المستعار بإذن المستعير وتمليكه - فبطريق الأولى أنه لا يضمن إذا ركب أو لبس بعد ذلك بنفسه؛ لأنه استعمله بالملك؛ لأنه لو لم يملك ذلك لما ملك غيره .

وكذلك تقيد الإعارة المطلقة عرفا بأن يكون الانتفاع مما يطيقه المستعار، فلا يحمل المستعير على الدابة المستعارة مثلا ما يعلم أن مثلها لا تستطيع مثل هذا الحمل، ولا يستعملها ليلا ونهارا إذا كان مثلها من الدواب لا يستعمل لذلك عادة، حتى لو فعل فهلكت ضمنها؛ لأن العقد وإن كان مطلقا إلا أنه يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصا .

وإن كانت الإعارة مقيدة فيراعى فيها القيد ما أمكن؛ لأن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى تصرف، إلا إذا لم يمكن اعتباره - لعدم الفائدة ونحو ذلك - فيلغو القيد؛ لأن ذلك يجرى مجرى العبث . ثم إنما يراعى القيد فيما دخل فيه فقط لا فيما لم يدخل؛ لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقا فهما وراءه، وبيان ذلك فى مسائل:

أولا - إن كانت الإعارة مقيدة بالانتفاع دون الوقت بأن شرط فيها أن ينتفع المستعير بنفسه أو غيره معينا، فلا يجوز له أن يخالف ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب واللبس ونحوهما؛ لأن اعتبار هذا القيد ممكن لأنه مقيد لتفاوت الناس فى استعمال الدواب والثياب ركوبا ولبسا، فلزم اعتبار القيد فيه، فإن فعل حتى هلك المستعار ضمنه؛ لمخالفته . وإن كان لا يختلف باختلاف المستعمل كما لو أعاره داره ليسكنها بنفسه فإنه يجوز للمستعير أن يفعل ذلك بنفسه وبغيره؛ لأن المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيها عادة؛ فلم يكن التقييد بسكناه مفيدا فيلغو، ولكن ليس للمستعير أن يُسْكنها حدادا أو قصارا ونحوهما ممن يوهن عمله البناء، كما أنه ليس للمستعير أن يفعل ذلك بنفسه؛ لأن المعير لا يرضى به عادة، والمطلق يتقيد بالعرف والعادة . أما من حيث الوقت فى هذه الحال فالإعارة هنا باقية على إطلاقها: فللمستعير أن يستعملها فى أى وقت شاء .

ثانيا - إن كانت مقيدة بالوقت كأن اتفقا على أن يستعمل المستعير العارية يوما واحدا - تقيدت به حتى لا يجوز للمستعير أن ينتفع بها إلا فى هذا الوقت المحدد، حتى لو مضى =

....

= اليوم ولم يردها على المالك مع إمكان الرد ضمن إذا هلكت، سواء استعملها بعد الوقت أم لا، وسواء كان التأقيت نصا أو دلالة، حتى لو استعار قدوما ليكسر به خشبا فكسره أو استعار كتابا ليحضر فيه درس فلان، فأتمه أو ترك الدرس - فإنه يجب رده حتى لو أمسكه ضمن ولو لم يوقت؛ لأنه مقيد معنى .

وأما من حيث الانتفاع فى هذه الحال فهى باقية على إطلاقها، فيجوز له الانتفاع مطلقا على الصفة المتقدمة فى المطلق عن الوقت والانتفاع .

ثالثا - إن كانت مقيدة بمكان معين - كما إذا اتفقا على أن يستعمل العارية فى مكان كذا فى المصر - تقيدت به، وللمستعير أن يستعملها فى أى وقت شاء بأى وجه من وجوه الانتفاع؛ لأن التقييد لم يوجد إلا بالمكان فبقى مطلقا فيما وراءه، لكنه لا يملك أن يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخلت فى ضمانه .

رابعا - إن كانت مقيدة بوقت وانتفاع معا تقيدت من حيث الوقت كيفما كان، وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل . أما فيما لا يختلف فلا تتقيد به؛ لعدم الفائدة، على ما بيناه فى المقيدة بالانتفاع .

خامسا - لو قيدها المعير باستعمال العارية تقيدت به، حتى لو أمسكها المستعير فى بيته ولم يستعملها حتى هلكت ضمنها؛ لأنه أعاره للاستعمال لا للإمساك فيكون الإمساك منه خلافا فيوجب الضمان، ثم فى كل موضع قلنا: تتقيد الإعارة بالمسمى، فليس للمستعير أن يخالفه إلى ما هو فوقه فى الإضرار بالعارية، ويجوز له أن يخالف إلى ما هو مثل المسمى أو ما هو دونه فى الضرر، فإن فعل فلا شىء عليه إن هلكت العارية، وإن خالف إلى ما هو فوقه فى الضرر فهلكت: فإن كان من خلاف جنس المشروط والمسمى ضمن كل الدابة مثلا؛ لأنه متعد فى الجميع، وإن كان من جنسه ضمن بقدر الزيادة؛ لأنها هلكت بفعل مأذون فيه وغير مأذون فيه فيقسم على قدرهما، لا إذا كان هذا الذى من الجنس قدرا لا تطيقه الدابة، فيضمن الكل؛ لكونه غير معتاد فلا يكون مأذونا فيه . وبيان ذلك فى مسائل منها:

لو أعاره دابة مثلا ليحمل عليها هذه الحنطة، كان للمستعير أن يحمل عليها هذا القدر أو أقل منه من حنطة أخرى، وكذا يكون له أن يحمل مثل قدر هذه الحنطة شعيرا أو دخنا أو أرزا أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة، أو أخف منها استحسانا حتى إنها لو هلكت لا يضمن؛ لأن هذا وإن كان خلافا صورةً فليس بخلافِ معنًى؛ لأن المالك يكون راضيا به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيدا، والقياس أنه ليس له، فيضمن لو هلكت؛ لأنه خالف، وهو قول زفر .

ولو أعاره على أن يحمل عليها إردبا من الشعير فليس له أن يحمل عليها إردبا من الحنطة؛ لأن الحنطة أثقل من الشعير وليست من جنسه، فلم يكن مأذونا فيه أصلا فكان اعتبار القيد مفيدا، ويصير غاصبا كل الدابة معتديا عليها ويضمن كل قيمتها إن هلكت .

ولو أعاره على أن يحمل عليها وزنا معينا من حنطة قطن فليس له أن يحمل عليها حطبا أو تبنا أو آجُرًا أو حديدا أو حجارة، سواء كان ذلك مثل الحنطة فى الوزن أو أخف؛ لأن ذلك أشق على الدابة فكان ضرره بالدابة أكثر، والرضا بأدنى الضررين لا يكون رضا =

....

= بأعلاهما؛ فكان التقييد مقيدا فيلزم اعتباره فلو فعل حتى هلكت ضمن .
ولو أعاره على أن يحمل عليها قدرا معينا من الحنطة فحمل عليها من الحنطة، زيادة على المسمى فى القدر فهلكت نظر فى ذلك: فإن كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها؛ لأن حمل ما لا تطيق الدابة إتلاف لها وإن كانت الزيادة مما تطيق الدابة حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة، حتى لو أعاره على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما، فهلكت - يضمن جزءا من أحد عشر جزءا من قيمتها؛ لأنه لم يتلف منها إلا هذا القدر .
وكذلك إن أعاره ليركب بنفسه فأردف غيره فهلكت . فإن كانت الدابة مما تطيق حملهما جميعا يضمن نصف قيمة الدابة؛ لأنه لم يخالف إلا فى قدر النصف ولأن ركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر غير مأذون فيه؛ فيضمن نصف قيمتها وإن كانت الدابة مما لا تطيق حملهما ضمن جميع قيمتها؛ لأنه استهلكها .
ولو أرسل رجلا رسولا يستعير له دابة من فلان إلى مكة فاستعارها له الرسول إلى المدينة؛ فإن ركبها المستعير إلى مكة، فهلكت - تحته فهو ضامن لها؛ لأنه خالف المكان الذى أذن فيه المالك فصار مستعملا لها بغير إذنه، وهذا لأن ظنه غير معتبر إنما المعتبر إذن المالك، ثم لا يرجع المرسل على الرسول بشىء؛ لأنه لم يوجد منه عقد ضمان إنما أخبره بخبر أو لم يخبره بشىء، ولكنه لم يبلغ رسالته كما أمره به، وذلك غير موجب للضمان . وإن بدا للمستعير أن يركبها إلى المدينة وهو لا يشعر بما كان من قول الرسول، فركبها، فهلكت تحته فلا ضمان عليه؛ لأنه استعملها بإذن مالكها .
ويملك المستعير أن يعين العين المعارة له إن لم يعين المعير منتفعا، بأن صدرت الإعارة مطلقة وسواء كانت العين المعارة مما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة، أم لا كالسكنى والحمل والاستخدام؛ لأن الإعارة تمليك المنافع، وإذا كانت تمليكا فمن ملك شيئا جاز له أن يملكه على حسب ما ملك، ويكون ذلك من المستعير تعيينا للراكب واللابس على ما سبق .
وإن عين المعير منتفعا: فإن كانت العين المعارة مما لا يختلف باختلاف المستعمل ملك المستعير أن يعيرها أيضا، وإن كانت تختلف باختلاف المستعمل فلا يملك المستعير إعارتها؛ وذلك دفعا لمزيد الضرر عن المعير؛ لأنه رضى باستعماله لا باستعمال غيره .
وفى إيداع المستعير للعين المعارة له اختلف مشايخ المذهب:
فقال بعضهم - ومنهم الكرخى -: لا يملك المستعير أن يودعها مطلقا، واستدلوا على ذلك بمسألة مذكورة فى الجامع الصغير، وهى أن المستعير إذا رد العارية على يد أجنبى فهلكت فى يد الرسول، ضمن المستعير العارية، ومعلوم أن الرد على يده إيداع إياه، ولو ملك الإيداع لما ضمن .
قال الباقلانى: هذا القول أصح؛ لأن الإيداع تصرف فى ملك الغير بغير إذنه قصدا، فلا يجوز بخلاف الإعارة؛ لأنه تصرف فى المنفعة قصدا، وتسليم العين من ضروراته فافترقا .
وأكثر مشايخ المذهب - ومنهم مشايخ العراق وأبو الليث وبرهان الأئمة - على أنه يملك أن يودع العارية بدون أن تدخل فى ضمانه بذلك؛ لأنه يملك الإعارة مع أن فيها إيداعا =

. . . .

= - وتمليك المنافع؛ فَلأَنْ يملك الإيداع وليس فيه تمليك المنافع أولى . وحملوا مسألة الجامع الصغير على أنها موضوعة فيما إذا كانت الإعارة مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبى؛ لأنه بإمساكها بعده يضمن لتعديه، فكذا إذا تركها فى يد الأجنبى قال ظهير الدين المرغينانى: وعليه الفتوى .

وفى الصيرفية: أن القول بأن العين المستعارة تودع أو لا تودع، محله ما إذا كان المستعير يملك الإعارة، أما فيما لا يملكها فلا يملك الإيداع، .

ولا يملك المستعير أن يؤجر ما استعاره؛ لأن الإجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر؛ لأنه لو جازت الإجارة من المستعير لما جاز للمعير أن يرجع حتى تفرغ مدتها؛ فيتضرر فلا يلزمه بغير رضا .

فإن فعل المستعير ذلك فهلك ضمنه حين سلمه إلى المستأجر؛ لأنه دفع مال الغير إليه بغير إذنه فصار غاصبا، والمعير بالخيار: إن شاء ضمن المستعير، وإن شاء ضمن المستأجر؛ لأنه قبض مال الغير بغير إذنه، إلا أنه إن ضمن ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه آجر ملك نفسه - يتصدق بالأجرة عند أبى حنيفة ومحمد؛ لأنها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال المستعير، ويرجع بالضمان على المستأجر؛ لأنه الغير فكان سبيله التصدى .

وإن ضمن المستأجر: فإن كان عالما بكونه مستعارا فلا يرجع على المستعير؛ لأنه ليس مغرورا من جهته، وإن لم يكن عالما بذلك يرجع عليه؛ لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغرورا من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور، وكذلك ليس للمستعير أن يرهن ما استعاره؛ لأنه ليس له أن يوفى دينه من مال الغير بغير إذنه .

وللمعير تضمين المرتهن، وبأدائه الضمان يكون الرهن هالكا على ملك المرتهن، ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن؛ لأنه غاصب، ويرجع بدينه فقط . هذا فى رهن المستعار للانتفاع .

أما إعارة الشىء للرهن لغيره فجائزة، وهى من المعروف .

وإذا دخل المستعار فى ضمانه، ثم أزال الخلاف وعاد إلى الوفاق - لا يبرأ عن الضمان؛ لأن المستعار لما دخل فى ضمان المستعير بالخلاف فقد ارتفع عقد الإعارة حينئذ؛ فلا يعود إلا بالتجديد، ولم يوجد .

وقال زفر: يبرأ من الضمان؛ قياسا على الوديعة إذا تعدى فيها المودع، ثم أزال التعدى.

مذهب المالكية:

يجوز للمستعير أن يفعل بالمستعار ما أذن له فى فعله من المعير، ويفعل به - أيضا - مثل ما استعاره له ودونه فى الحمل والمسافة، كأن استعار دابة ليحمل عليها إردب فول، فحمل عليها إردب قمح، أو ليركبها لمكان كذا فركبها إليه من هو مثله، أو ركبها إلى مكان غيره مثله فى المسافة .

وقيل: إن المراد بالمثل الذى يباح للمستعير فعله المثل فى الحمل كيلا أو زِنَةً . وأما الذهاب بها فى مسافة أخرى مثل ما استعارها لها فلا يباح له ولا يجوز . =

....

=

ويضمن إن عطبت كالإجارة على قول ابن القاسم، وهو الأرجح؛ لما في كل منهما من فسخ المنافع في مثلها، وهو فسخ دين في دين .

ولا يجوز للمستعير أن يفعل بالمستعار ما هو أضر مما استعاره له، سواء كان ذلك الأضر أقل مما استعاره في الوزن أو المسافة أو مساويا له أو أكثر، كما إذا استعار دابة ليحمل عليها قمحا، فحمل عليها حديدا أقل منه وزنا، ثم تارة يحمل عليها ما تعطب بمثله، وتارة ما لا تعطب به، وفي كلٍّ إما أن تعطب وإما أن تسلم .

فإن زاد ما تعطب به وعطبت فعلا فصاحبها مخير حينئذ بين: أن يضمن المستعير قيمتها يوم التعدي ولا شيء له غير ذلك، وبين أن يأخذ أجرة الزائد المتعدى فيه فقط . فإن كانت أجرتها فيما استعارها له تساوي عشرة مثلا، وأجرتها فيما حمل عليها تساوي خمسة عشر - دفع المستعير الخمسة الزائدة على أجرة ما استعارها له، وخياره هذا ينفي ضرره .

وإن زاد ما لا تعطب به فعطبت منه، أو تعبت أو سلمت، أو زاد ما تعطب به وسلمت - فليس للمعير إلا أجرة الزيادة فقط في الصور الأربع، ولا خيار له؛ لأن عطبها حينئذ من أمر الله ليس من أجل الزيادة .

وإن زاد ما تعطب به ولم تعطب، ولكن تعيَّبت فإنه يلزم المستعير الأكثر من أجرة الزيادة وقيمة العيب . هذا إذا خالف المستعير وزاد في المحمول .

أما إذا زاد في المسافة فإنه يضمن قيمتها إن عطبت، سواء كانت تعطب بمثلها أم لا؟

وإن تعيبت فللمعير الأكثر من أجرة الزيادة أو قيمة العيب .

وإن سلمت فليس له على المستعير إلا أجرة الزيادة فقط .

والفرق بين زيادة الحمل وزيادة المسافة: أن زيادة المسافة من المستعير محض تعدٍّ مستقل منفصل بخلاف زيادة الحمل؛ فإنه مصاحب للمأذون فيه .

وإن تعدى المستعير للركوب بنفسه وأردف معه شخصا آخر فحكمه في التفصيل حكم زيادة الحمل، ثم إن علم الرديف بالتعدي كان للمعير غريمان يخير في مطالبته أيهما شاء، ولو كان الرديف صبيا أو سفيها، وإن لم يعلم الرديف بالتعدي .

فإن كان المستعير معدما لا مال له فللمعير أن يطالب الرديف حيث كان رشيدا؛ لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء .

وإن كان المستعير موسرا لم يطالب الرديف .

فإن كان الرديف صبيا أو سفيها فإنه لا يتبع ولا يطالب بشيء إذا لم يعلم بالتعدي، ومن غرم منهما فلا رجوع له على الآخر؛ لأن كلا منهما سبب في غرامة الآخر .

وتصح إعارة المستعير للعين المستعارة وإن كان يكره له ذلك، كما تصح منه إجارتها وهبتها؛ لأنه مالك للمنفعة، والشارع جعل له الانتفاع بنفسه وبغيره .

ومحل الصحة ما لم يمنعه المعير من ذلك صراحة أو ضمنا، على ما هو مذكور في شرائط المعير . وإذا خالف المستعير، وتجاوز ما أذن له فيه، وسلم المستعار من التلف أثناء التجاوز - فليس للمعير إلا أجرة مثل ما تجاوزه أو زاده المستعير، سواء كان التجاوز أو الزيادة مما يتلف المستعار بمثلها أم لا .

=

. . . .

= مذهب الحنابلة:
لا يشترط تعيين نوع الانتفاع في الإعارة فلو أعار شيئا إعارة مطلقة أبيح للمستعير الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع بالمعروف، فإذا أعاره أرضا مطلقا فله أن يزرع فيها ويغرس ويبنى ويفعل فيها كل ما هى معدة له من الانتفاع؛ لأن الإذن مطلق وإن أعاره للغرس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء .
وإن أعاره للزرع فليس له أن يغرس ولا أن يبنى .
وإن أعاره للغرس أو للبناء ملك المستعير المأذون فيه منهما دون الآخر .
وإن استعارها لزرع القمح فله زرعه وزرع ما هو أقل ضررًا للأرض منه كالشعير والعدس، وله أيضا زرع ما ضرره كضرر الحنطة، وليس له زرع ما هو أكثر ضررا منه كالذرة والدخن والقطن .
وإذا أعاره للغرس أو للبناء أو للزراعة لم يكن للمستعير ما زاد على المرة الواحدة إلا بإذن المعير، واستعارة الدابة للركوب لا تفيد السفر بها؛ لأنه ليس مأذونا فيه لفظا ولا عرفا .
وما كان غير مهيأ للانتفاع به من جهات متعددة، وإنما يصلح لجهة واحدة كالبساط يصلح للفرش - فالإطلاق والتقييد فيه سواء؛ لتعين نوع الانتفاع بالعرف فيحمل الإطلاق عليه .
وليس للمستعير أن يستعمل فيه مثله، مثل: أن يحشو القميص قطنا كما يفعل بالجوالق، أو يحمل فيه ترابا، أو يستعمل المناشف والطنافس فى ذلك، أو يستظل بها من الشمس أو نحوه؛ لأنه غير مأذون فيه لفظا ولا عرفا، فإن فعل ذلك ضمن ما نقص من أجزائها بهذه الاستعمالات .
ليس للمستعير أن يودع المستعار ولا أن يعيره ولا أن يؤجره إلا بإذن، فإن أذن له جاز .
ولا يضمن المستأجر من المستعير مع الإذن من المعير إذا تلفت العين عنده بلا تفريط .
وإذا أجر المستعير المستعار بإذن المعير فالأجرة للمعير؛ لأنها بدل عما يملكه من المنافع . ولا شيء للمستعير منها؛ لأنه لا ملك له فى المنافع وإنما يملك الانتفاع .
وإن أعار المستعير أو أجر العين المستعارة بغير إذن المعير، فتلفت عند الثانى مستأجرا كان أو مستعيرا ضمن المعير المستعير أو الآخذ منه أيهما شاء، والقرار فى ضمانها على الثانى مستعيرا كان أو مستأجرا إن كان عالما بأن مالكها لم يأذن، فإن لم يعلم الثانى بذلك بل ظنها ملك المعير له استقر عليه ضمان العين فقط فى حالة الإعارة؛ لأنه قبضها على أنها عارية وهى مضمونة، ويستقر ضمان المنفعة على المستعير الأول بدفعها له، على أن يستوفى منافعها بغير عوض، أما فى حالة إجارتها من المستعير لمن يجهل ذلك فيستقر على المستأجر ضمان المنفعة وعلى المستعير ضمان العين .
ينظر: البدائع (٦/ ٢١٥ - ٢١٦)، وتكملة ابن عابدين (٢/ ٣٩٠)، تبيين الحقائق للزيلعى (٥/ ٨٥ - ٨٧)، والفتاوى الهندية (٤/ ٣٦٤، ٣٧٣)، الجوهرة وبهامشها اللباب للميدانى (١/ ٣٥١)، والاختيار (٢/ ١٢٠، ١/ ٢٢٤)، والمبسوط (١١/ ١٤٩)، الشرح الصغير بحاشية الصاوى عليه (٢/ ٢٢٨)، الشرح الكبير بحاشية الدسوقى (٣/ ٤٤٢ - =

وتجوز الإعارةُ مطلقًا فى الانتفاعِ بها، ومعيَّنًا فى شىء دون غيره؛ لأنَّه إباحة؛ فجاز مطلقًا ومعيَّنًا؛ كإباحة الطعام.

فإنْ قال: «أعرتك هذه الأرض؛ لتنتفع بها»، جاز له أن يزرعَ ويغرس ويبنى؛ لأنَّ الإذنَ مطلقٌ؛ فتضمن الجميعَ، وإن قال: «أعرتُكَ هذه الأرض؛ لتزرع فيها وتغرس وتبنى» جاز له كلّ ذلك؛ لأنه قد أذن له فى جميعه، وإن استعارها للغراس والبناء؛ لأنه أذن له فيهما، وجاز له أن يزرعَ فيها؛ لأنَّ الزرع أقلُّ ضررًا من الغراس والبناءِ، فإذا رضى بالغراس والبناء، رضى بالزرع؛ فكأنه استوفَى بعض المنفعة.

ومِنْ أصحابنا من قال: إنِ استعارها للبناء، لم يزرعْ؛ لأنَّ فى الزرع ضررًا ليس فى البناءِ، وهو أنه يرخى الأرض، وإن استعارها للزرعِ، لم يغرس ولم يبن؛ لأن الغراس والبناء أكثَرُ ضررًا من الزرعِ؛ فلا يكون الإذنَ فى الزرع إذنًا فى الغراس والبناء.

وإن استعارها لزراعةِ الحنطةِ، زرع الحنطة، وما ضرَرُهُ ضررُ الحنطة؛ لأن الرضا بزراعة الحنطة رضًا بزراعة مِثْله، وله أن يزرعَ ما ضرَرُهُ دون ضرر الحنطة؛ كالشعير والباقلاء؛ لأن ضررهما أقلُّ من ضرر الحنطة، ولا يجوزُ له أن يزرعَ الذُّرَة والقطن؛ لأنَّ ضررهما أكثر من ضرر الحنطة.

وإنِ استعارها للغراسِ أو البناءِ، ملك ما أذن فيه منهما، وهل يملك أن يفعلَ الآخر؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يملكُ الآخر؛ لأنَّ الغراس والبناء متقاربان فى البقاءِ والتأبيدِ؛ فكان الإذنُ فى أحدهما إذنًا فى الآخر؛ كالحنطةِ وما ضرره ضَرَرُ الحنطة.

والثانى: أنه لا يجوزُ، وهو الأصحُّ؛ لأنَّ فى كلّ واحدٍ منهما ضررًا ليس فى الآخرِ؛ لأنَّ ضرر الغراس فى باطنِ الأرضِ أكثَرُ، وضرر البناء فى ظاهر الأرض أكثَرُ؛ فإن الغراس تنتشرُ عروقُهُ فى الأرض، والبناء على موضعِ واحد؛ فلا يملك بالإذنِ فى أحدهما الآخَرَ.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وإن أعاره أرضًا للغراس، أو البناء فغرس، وبنى، ثم رجع؛ لم يجز أن

---

٤٤٣)، شرح الخرشى بحاشية العدوى (٦/ ١١٤ - ١١٥)، كشاف القناع وشرح المنتهى بهامشه (٢/ ٣٢٣، ٣٣٥ - ٣٣٧)، المغنى والشرح الكبير (٥/ ٣٦٠، ٣٦٩).

يغرس ويبنى شيئًا آخر؛ لأنه يملك الغراس والبناء بالإذن، وقد زال الإذن، فأما ما غرس، وبنى فينظر: فإن كان قد شرط عليه القلع، أجبر على القلع؛ لقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» ولأنه رضى بالتزام الضرر الذى يدخل عليه بالقلع؛ فإذا قلع لم تلزمه تسوية الأرض؛ لأنه لما شرط عليه القلع، رضى بما يحصل بالقلع من الحفر، ولأنه مأذون فيه؛ فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص؛ كاستعمال الثوب، لا يلزمه ضمان ما يبليه منه.

وإن لم يشرط القلع؛ نظرت: فإن لم تنقص قيمة الغراس، والبناء بالقلع - قلع؛ لأنه يمكن رد العارية فارغةً من غير إضرارٍ؛ فوجب ردها.

فإن نقصت قيمة الغراس، والبناء بالقلع؛ نظرت: فإن اختار المستعير القلع؛ كان له ذلك؛ لأنه ملكه، فملك نقله، فإذا قلعه؛ فهل تلزمه تسوية الأرض؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تلزمه؛ لأنه (لما) أعاره مع العلم بأن له أن يقلع؛ كان ذلك رضًا بما يحصل بالقلع من التخريب، فلم تلزمه التسوية، كما لو شرط القلع.

والثانى: تلزمه؛ لأن القلع باختياره، فإنه لو امتنع؛ لم يجبر عليه، فلزمه تسوية الأرض، كما لو أخرب أرض غيره من غير غراسٍ.

وإن لم يختر القلع؛ نظرت: فإن بذل المعير قيمة الغراس، والبناء ليأخذه مع الأرض؛ أجبر المستعير عليه؛ لأنه رجوع فى العارية من غير إضرارٍ.

وإن ضمن أرش النقص بالقلع؛ أجبر المستعير على القلع؛ لأنه رجوع فى العارية من غير إضرارٍ.

وإن بذل المعير القيمة، ليأخذه مع الأرض، وبذل المستعير قيمة الأرض؛ ليأخذها مع الغراس؛ قدم المعير؛ لأن الغراس يتبع الأرض فى البيع؛ فجاز أن يتبعها فى التملك، والأرض لا تتبع الغراس فى البيع؛ فلم تتبعه فى التملك.

وإن امتنع المعير من بذل القيمة، وأرش النقص، وبذل المستعير أجرة الأرض؛ لم يجبر على القلع؛ لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالمٍ حق» وهذا ليس بظالمٍ، فوجب أن يكون له حق، ولأنه غراس مأذون فيه، فلا يجوز الإضرار به فى قلعه، وإن لم يبذل المستعير الأجرة؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقلع؛ لأن الإعارة تقتضى الانتفاع من غير ضمانٍ.

والثانى: يقلع؛ لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله من غير أجرةٍ.

(الشرح) قوله: «ردُّ العارية فارغة»[1] الفارغُ: الخالى، قال تعالى: ﴿وَأَصْبَحَ فُؤَادُ أُمِّ مُوسَىٰ فَٰرِغًا﴾ [القصص: ١٠] أى: خاليًا من الصبر.

وقيل: خاليًا من كل شىء إلا من ذكر موسى[2]. وتفريغ الظروف: إخلاؤها، وأفرغت الإناء: صببت ما فيه، فهو فارغ، أى: خالٍ.

قوله: «وإن بذل» أى: أعطاه تطوعًا وتبرعًا من غير إكراه ولا مطالبة، يقال: بذلت الشىء أبذله بذلًا، أى: أعطيته وجُدت به.

قوله فى الحديث: «ليس لِعِرْقٍ ظالمٍ حقٌّ» يُروى «لِعِرْقٍ» بالتنوين، و «ظالمٍ» نعته، ويُروى «لِعِرْقِ» بغير تنوين، مضافًا إلى «ظالم»، فَمَن نَوَّن: جعله ظالمًا بنفسه تشبيهًا ومجازًا، و «ظالمٍ» نعت سبب. ومَنْ لَم يُنَوِّنْ فهو على حذف مضاف، أى: لذى عِرْقٍ ظالمٍ، فالظالمُ: هو الغارس. قال هشام بن عروة: هو أن يجىء الرجل إلى أرض فيغرس فيها غرسًا؛ ليستوجب بها الأرض[3].

الأحكام: إنْ أعاره أرضًا للغراس أو البناء مطلقًا، أو مؤقَّتًا، فغرس أو بنى، ثمَّ رجع فى العاريَّة، أو انقضت المدَّة فى المؤقَّتة - لم يجزْ للمستعير أن يغرس ويبنى شيئًا آخَرَ بعد ذلك؛ لأنه يملكُ الغرسَ والبناء بالإذْنِ، وقد زالَ الإذن.

فصل: وأمَّا ما غرس وبنى قبل الرجوعِ، أو قبلَ انقضاءِ المدَّةِ، فينظَرُ فيه:

فإنْ كان المعيرُ قد شَرَطَ عليه القلع، أجبر على القلع؛ لقوله ﷺ: «المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، ولا يجبُ على المعير ضمانُ ما نقَصَ من البناء أو الغراس بالقَلْع؛ لأنه رضى بالتزام الضرر الذى يدخلُ عليه بالقلع، فإذا قلع، لم يلزم المستعير تسوية الأرض؛ لأنه لمَّا شرط عليه القلع، رضى بما يحصلُ بالقَلْعِ من الحفر، ولأنه مأذونٌ فيه؛ فلا يلزمه ضمانُ ما جعل به النقص؛ كاستعمال الثوبِ لا يلزمُهُ ضمانُ ما يتلفه منه باللبس.

وإن كان المستعير قد شرَطَ على المعير أنْ يعطيه قيمةَ ذلك قائمًا عند رجوعِهِ فى العارية، فقد قال الصيمرىُّ فى «الإيضاح»: لزمه ذلك.

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ١٨، ١٩).
(٢) ينظر: معانى القرآن وإعرابه (٤/ ١٣٤)، معانى الفراء (٢/ ٣٠٣)، ومجاز القرآن (٢/ ٩٨)، وغريب القرآن لليزيدى (٢٨٩).
(٣) ينظر: غريب الحديث (١/ ٢٩٥)، كتاب الأموال (٢٩٧، ٢٩٨).

وإن لم يشرط المعير عليه القلع، ولا شرطه المستعير - نظرت:

فإن لم ينقصْ قيمة الغراس والبناء بالقلع، قلع؛ لأنَّه أمكن رد العارية منه فارغة من غير إضرارٍ؛ فوجب ردها(١).

---

(١) مذهب الحنفية: إذا استعار أرضا ليبنى عليها أو ليغرس فيها، ثم بدا للمعير أن يخرجه - فله ذلك، سواء كانت الإعارة مطلقة أم مقيدة.

إلا أنها إن كانت مطلقة فله أن يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء؛ لأن فى الترك ضررا بالمعير لأنه لا نهاية له. ولا يضمن المعير شيئا من قيمة الغرس والبناء؛ لأنه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور، ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتا فأخرجه قبل الوقت، والمستعير ملتزم غير مغرور؛ حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق من المعير وعد بذلك.

وإن كانت مؤقتة ورجع المعير قبل انتهاء الوقت صح رجوعه، ولكن يكره ذلك؛ لما فيه من خلف الوعد، والمستعير بالخيار بين أمرين:

الأول: إن شاء ضمن صاحب الأرض قيمة غرسه وبنائه قائما سليما، وترك ذلك له؛ لأن المعير لما وقت للإعارة وقتا ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كفيلا عنه فيما يلزمه من العهدة؛ إذ ضمان الغرور ضمان كفالة، فكان له أن يرجع عليه بالضمان، ويملك المعير البناء والغرس بأداء الضمان، وتعتبر قيمتها يوم الاسترداد.

الثاني: إن شاء أخذ غرسه وبناءه ولا شيء على المعير. ومحل ثبوت الخيار للمستعير: إذا لم يكن قلع الغرس أو نقض البناء مضرا بالأرض، فإن كان مضرا بها فالخيار للمالك؛ لأن الأرض أصل والبناء أو الغرس تابع لها؛ فكان المعير صاحب أصل والمستعير صاحب تبع، فكان إثبات الخيار لصاحب الأصل أولى: إن شاء أمسك الغرس والبناء، وإن شاء رضى بالقلع والنقض.

وقال زفر: لا ضمان على المعير؛ لأن المستعير لما علم أن للمعير ولاية الأخذ فقد رضى بذلك.

مذهب المالكية:

إذا أعاره أرضه يبنى فيها بنيانا أو يغرس فيها غرسا، فلما غرس أو بنى أراد المعير إخراجه والحال أنه لم يحصل تقييد بأجل فله إخراجه ولو بقرب الإعارة قبل المعتاد، وهذا أحد قولين عندهم؛ لتفريط المستعير بعدم التقييد بالأجل، ويملك المعير إخراج المستعير بشرط أن يدفع للمستعير كل ما أنفقه وكلفه على ذلك البنيان والغرس.

وقيل: له أن يخرجه إن دفع للمستعير قيمة ما أنفق، والقولان لمالك فى المدونة، فمحل إعطاء القيمة إن كان ما غرسه المستعير أو بنى به من آجر أو خشب من ملكه ولم يشتره، أو اشتراه بغبن كثير، أو طال زمن البناء والغرس. ومحل دفع ما أنفق: أن اشتراه للعمارة بدون غبن أصلا أو بغبن يسير، أو لم يطل الزمن.

أما إذا أعاره أرضا ليبنى فيها أو يغرس إلى مدة معلومة، ثم انقضت المدة المشترطة أو المعتادة - فإن المستعير يصير حكمه حكم الغاصب:

فإن شاء المعير أمر المستعير بقلع غرسه ونقض بنائه وتسوية الأرض كما كانت. =

....

= وإن شاء أمره بإبقاء كل ذلك، ويدفع له قيمته منقوضا ومقلوعا إن كان له قيمة بعد أن يحاسبه بأجرة من يسوى الأرض ويسقطها من القيمة، إلا أن يكون المستعير من شأنه تولى هدم أو قلع ذلك بنفسه أو بخدمه أو نحو ذلك؛ فإنه يأخذ قيمة ما ذكر كاملة من غير إسقاط أجرة من يسوى الأرض، وإنما كان المستعير كالغاصب مع أنه مأذون له فى البناء والغرس؛ لأنه دخل على ذلك لتحديده بزمن قد انقضى، ولو اشترط المستعير أن المدة إذا انقضت لا يكون كالغاصب فالظاهر أنه يعمل بالشرط .

هذا إذا انقضت المدة، أما إذا لم تنقض فليس للمعير أخذ الأرض قبل ذلك .

مذهب الحنابلة:

إن أعار أرضه لغرس أو بناء وشرط على المستعير القلع أو الهدم فى وقت معين، أو عند رجوعه ثم رجع المعير - فإنه يلزم المستعير القلع فى الوقت المعين أو عند رجوع المعير ولو لم يأمره المعير بالقلع؛ لقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»، ولأن المستعير دخل فى الإعارة راضيا بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع أو الهدم .

ولا يلزم المعير ضمان نقص الغرس والبناء، كما لا يلزم المستعير تسوية الأرض إذا حصل فيها حفر إلا بشرط المعير عليه ذلك، وإن لم يشترط المعير على المستعير القلع أو الهدم فلا يلزم المستعير ذلك إلا أن يضمن له المعير النقض . فإن قلع المستعير أو هدم باختياره فعليه تسوية الأرض من الحفر، وإن أبى القلع أو الهدم - فى الحال التى لا يجبر فيها - فللمعير تملك البناء والغرس بقيمته جبرا على المستعير، أو قلع الغرس وهدم البناء، ويضمن نقصه للمستعير . ولو دفع المستعير قيمة الأرض ليتملكها لم يكن له ذلك؛ لأنها أصل والغرس والبناء تابع بدليل تبعهما لها فى البيع، فإن أبى المعير الأخذ بالقيمة، والقلع مع ضمان النقص، وامتنع المستعير من دفع أجرة البناء أو الغرس أو من قلعه - فلا يجبران على ذلك وتباع الأرض بما فيها من غرس أو بناء إن رضيا به أو رضى به أحدهما، ويجبر الآخر على البيع بطلب من رضى به؛ لأنه طريق لتخلص كل منهما من مضارة الآخر وتحصيل ماله، ولكل منهما بيع ماله منفردا من صاحبه وغيره، ويثبت للمشترى ما كان للبائع فيما تقدم .

ولا أجرة للمعير على المستعير من حين رجوعه فى نظير بقاء الغرس والبناء إلى تملكه بقيمته، أو قلعه مع ضمان نقصه؛ لأن المعير إذا أبى أخذ الغراس أو البناء بقيمته أو قلعه وضمان نقصه فإبقاؤه فى الأرض من جهته؛ فلا أجرة له كما كان قبل الرجوع .

وإن غرس المستعير، أو بنى فيما استعاره لذلك بعد رجوع المعير أو بعد انقضاء الوقت المعين فى الإعارة، ولو لم يصرح المعير بعد انقضائه بالرجوع - فهو غاصب يلزمه إزالة ما غرسه أو بناه مجانا؛ لتصرفه فى مال غيره بغير إذنه لزوال الإعارة بالرجوع وبانتهاء الوقت فى المؤقتة .

مذهب الظاهرية:

من أعار أرضا للبناء فيها، أو حائطا للبناء عليه، فله أخذه بهدم بناء المستعير متى شاء بلا تكليف عوض، وسواء فى ذلك أكانت الإعارة مؤقتة ورجع قبل انقضاء الوقت، أو مطلقة لأنه لا يحل مال أحد بغير طيب نفس منه، والمعير لم يهب الأصل ولا الرقبة فيرجع فيهما =

فصل: وإنْ نَقَصَتْ قيمةُ الغراسِ والبناءِ بالقلعِ - نظَرْتَ:

فإنِ اختار المستعير القَلْع، كان له ذلك؛ لأنه ملكه، فملك نقله، وإذا قلعه، فهل يلزمه تسويةُ الأرض؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه؛ لأنه لَمّا أعاره مع العلْمِ بأنَّ له أن يقلع، كان ذلك رضا بما يحصل بالقلع من التخريبِ؛ فلم يلزمه التسوية؛ كما لو شرط القلع.

والثانى: يلزمه؛ لأن القلع حصل باختياره؛ فإنه لو امتنَعَ، لم يجبرْ عليه؛ فلزمه تسوية الأرض؛ كما لو خرَّبَ أرض غيره من غراسٍ وبناء.

فصل: وإن لم يخترِ القلعَ - نظَرْتَ:

فإن بذل المعير، قيمة الغراسِ والبناءِ قائمًا مع الأرضِ، أجبر المستعير عليه؛ لأنه رجوعٌ فى العاريَّة من غير إضرارٍ؛ وهكذا إن ضمن له أرشَ النقص الذى يحصُلُ بالقلع، أجبرَ المستعير على القَلْعِ؛ لأنه رجوعٌ فى العارية من غير إضرار.

فصل: وإن بذَلَ المعير قيمة الغراسِ والبناءِ قائمًا؛ ليأخُذَهُ مع الأرض، وبذل المستعير قيمة الأرض؛ ليأخذها مع الغراس والبناء - قدم المعير وأُجْبِرَ المستعير عليه؛ لأنَّ الغراس والبناء يتبعُ الأرضَ فى البيع؛ فجاز أن يتبعها فى التملُّك، والأرض لا تتبعُ الغراس والبناء فى البيع؛ فلم تتبع ذلك فى التملُّك.

فصل: وإنِ امتنع المعيرُ من بَذْل قيمة الغراس والبناء وأرشِ النقص بالقَلْع، وبَذَلَ المستعير أجرة الأرض، لم يجبرْ على القلع، وروى مثله عن أحمد[1].

وقال مالك، وأبو حنيفة: يجبَرُ عليه عند انقضاءِ المدَّة.

= متى شاء، وتعيينه المدة وعد لا يلزمه الوفاء به. ينظر: البدائع (٦/ ٢١٦، ٢١٧)، والهداية والعناية بتكملة فتح القدير (٧/ ١٠٣)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢٧)، الاختيار (٢/ ١٢٠)، شرح الخرشى وحاشية العدوى عليه (٦/ ١٤٦، ١٤٧)، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٤٤)، مغنى المحتاج (٢/ ٢٧١ - ٢٧٣)، أسنى المطالب (٢/ ٣٣٢ - ٣٣٤)، كشاف القناع وشرح المنتهى بهامشه (٢/ ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٣٣)، المغنى والشرح الكبير (٥/ ٣٥٩، ٣٦١ - ٣٦٨)، المحلى (٩/ ١٦٩).

(١) قال فى كشاف القناع (٣/ ٤٣١): (وإن غرس) المشترى الأرض التى اشتراها (أو بنى فيها) وحجر عليه (فله) أى لبائعها (الرجوع فيها) لأنه أدرك متاعه بعينه ومال المشترى دخل على وجه التبع كالصبغ. (و) إذا رجع فى الأرض فله (دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه، أو قلعه وضمان نقصه) لأنهما حصلا فى ملكه لغيره بحق، كالشفيع والمعير (إلا أن يختار المفلس =

دليلنا: قوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» ؛ وهذا ليس بظالم؛ فوجب أن يكون له حقّ، وروَتْ عائشة - رضى الله عنها - عن النبيّ ﷺ: مَنْ بَنَى فِي رِبَاعِ قَوْمٍ بِإِذْنِهِمْ فَلَهُ قِيمَتُهُ»[1] . ولأنه غراسٌ وبناءٌ مأذون فيه، طالبه بقلعه فى وَقْتٍ لم يشترطْ عليه فيه القلع؛ فلم يجبرْ عليه مِنْ غيرِ ضمانِ النقصِ؛ كما لو أذنَ له فيه مدّة يطالبُ قبل انقضائها، ولأنَّ العرف فى ذلك التبقية، والمتعارف كالمشروط، ولو شرط التبقية، لم يجبرْ على القلع؛ فكذلك إذا أطلق.

قالوا: إعارةٌ ولم يغره، فأشبهَ إذا شرط عليه القلع.

قلنا: بل غَرَّهُ حين أطلق، والعادة فيه التبقية.

فصل: وإن لم يبذلِ المستعيرُ الأجرةَ، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقلعُ؛ لأنَّ الإعارة تقتضى الانتفاعَ من غير ضمانٍ.

والثانى: يقلع؛ لأنه بعد الرجوع لا يجوزُ الانتفاع بملكه من غير أجرة.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) إذا أقررنا الغراس فى ملكه، فأراد المعير أن يدخل إلى الأرض للتفرج، أو يستظل بالغراس؛ لم يكن للمستعير منعه؛ لأن الذى استحق المستعير من الأرض موضع الغراس.

فأما البياض، فلا حق للمستعير فيه؛ فجاز للمالك دخوله، وإن أراد المستعير (دخولها)، نظرت: فإن كان للتفرج (والاستراحة) لم يجز؛ لأنه قد رجع فى الإعارة،

= والغرماء القلع) فإن اختاروه ملكه لأن البائع لا حق له فى الغراس والبناء فلا يملك إجبار مالكهما عن المعاوضة عنهما . (و) على هذا (يلزمهم إذن تسوية الأرض و) يلزمهم (أرش بنقصها الحاصل به) لأن ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه (ويضرب به) أى بأرش نقص الأرض (البائع مع الغرماء) كسائر ديون المفلس (وله) أى لبائع الأرض (الرجوع فيها) أى أرضه (ولو قبل القلع) أى قلع الغراس والبناء (ودفع قيمة الغراس والبناء أو قلعه) وضمان نقصه .

(١) أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٤٣)، والبيهقى (٦/ ٩١) من طريق عمر بن قيس عن الزهرى عن عروة عنها قال البيهقى: - عمر بن قيس المكى ضعيف لا يحتج به ومن دونه أيضًا ضعيف
وقال أبو الطيب فى التعليق المغنى: - عمر بن قيس المكى المعروف بسندل تركه أحمد والنسائى والدارقطنى وقال يحيى ليس بثقة وقال البخارى منكر الحديث وأيضا قال أحمد: أحاديثه بواطيل قاله الذهبى .

فلا يجوز دخولها من غير إذنٍ.

وإن كان لإصلاح الغراس، أو أخذ الثمار - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يملك؛ لأن حقه إقرار الغراس، والبناء دون ما سواه.

والثانى: أنه يملك، وهو الصحيح؛ لأن الإذن فى الغراس إذن فيه، فيما يعود بصلاحه، وأخذ ثماره.

وإن أراد المعير بيع الأرض جاز؛ لأنه لا حق فيها لغيره، فجاز له بيعها.

وإن أراد المستعير بيع الغراس من غير المعير - ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه ملك له، لا حق فيه لغيره.

والثانى: لا يجوز؛ لأن ملكه غير مستقر؛ لأن للمعير أن يبذل له قيمة الغراس، والبناء، فيأخذهما.

والصحيح هو الأول؛ لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع؛ كالشقص المشفوع، يجوز للمشترى بيعه، وإن جاز أن ينتزعه الشفيع بالشفعة.

(الشرح) قوله: «للتفرج والاستراحة»، قال النووى: لفظة مولدة لعلها من انفراج الفم وهو انكشافه. وقال صاحب النظم: أصل الْفَرَجِ: الخروج من الضيق والشدة إلى السعة.

والاستراحة: إدخال الروح على النفس، وهو: السرور، من قوله تعالى: ﴿فَرَوْحٌ وَرَيْحَانٌ﴾ [الواقعة: ٨٩].

الأحكام: إنِ امتنع المعيرُ من بَذْلِ القيمةِ وأرش النقصِ، وامتنَعَ المستعير من بَذْل الأجرة، وقلنا: لا يجبَرُ على القَلْع، فأراد المعير أنْ يدخلَ إلى الأرضِ ليتفرَّج، أو يستظلَّ بالغراس، أو يزرعها، ويسقى الزرع فيها - لم يكنْ للمستعير منعه مِنْ ذلك؛ لأنَّ الذى استحقَّ المستعير من الأرضِ موضع الغراس والبناء، فأمَّا البياض: فلا حقَّ للمستعير فيه؛ فجاز للمالكِ دخوله والانتفاعُ به.

ولا يجوزُ له أن يشدَّ فى الغراسِ حبلًا، ولا أن يبسطَ عليه ثوبًا؛ لأنه انتفاع بملك الغير مِنْ غير إذنه؛ بخلاف الظل؛ فإنه غير مملوك لأحدٍ.

وإن أرادَ المستعير دخولها - نظَرْتَ:

فإنْ كان للتفرُّج، لم يجزْ؛ لأنه قد رجع فى الإعارة؛ فلا يجوزُ دخولها من غير

إذنِهِ.

وإن كان لإصلاحِ الغراسِ؛ كسقى الغراس، ونحوه، أو أخذ الثمار - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يملكُ بالدخول؛ لأن حقه في إقرار الغراس والبناء دون ما سواه.

والثاني: أنه يملكُ، وهو الصحيح؛ لأن الإذن فى الغراس إذن فيما يعود لإصلاحه، وأخذ ثماره.

فصل: وإن أراد المعير بيع الأرض، جاز له؛ لأنه لا حق فيها لغيره؛ فجاز له بيعها، وإن أراد المستعير بيع الغراس والبناء من المعير، جاز، وإن أراد بيعه من غير المستعير، ففيه وجهان، بناء على الوجهين في جواز الدخول:

أحدهما: يجوز؛ لأنه ملكه لا حق فيه لغيره؛ فعلى هذا: هل يجوز للمشترى الدخول لمصلحته؟ هو على الوجهين.

والثاني: لا يجوز؛ لأن ملكه غير مستقر؛ لأن للمعير أن يبذل له قيمة الغراس والبناء، ويأخذهما والصحيح هو الأول؛ لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع؛ كالشقص المشفوع يجوز للمشترى بيعه وإن جاز أن ينتزعه الشفيع بالشفعة.

فإن اتفقا على بيع الأرض والغراس والبناء، جاز، وقسم الثمن على قدر قيمة الأرض، وهى ذات غراس لو بيعتْ بلا غراس وبناء على قيمة الغراس والبناء قائمًا، فما قابل الأرض أخذه المعير، وما قابل الغراس والبناء أخذه المستعير. فإن كان قيمة الأرض عشرين وقيمة الغراس والبناء عشرة، كانت حصة الأرض الثلثين، وحصة الغراس والبناء الثلث، وإن امتنعا من ذلك كله، تركا حتَّى يصطلحا. وإن استقلع الغراس، فأراد أن يغرس مكانه غيره.

فمن أصحابنا من قال: يجوز له ذلك؛ لأنه كان له تركُهُ؛ فجاز له إعادة غراسِهِ.

والمذهب: أنه ليس [له] ذلك؛ لأن الأرض لغيره، وإنما كان له تركه؛ لأنه غرسه بإذنِهِ، وقد زال الإذن؛ فلا يجوز له ذلك بغَيْر إذنه.

فصل: وإنْ غرس أو بَنَى بعد الدخول فى الإعارة، وجبَ عليه قلعه؛ لقوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»، وهذا ظالمٌ، ويجبُ عليه أجرة المثلِ فيما استوفى من منفعة الأرض بعد التعدِّى وتسويةِ الحفرِ التى تحصلُ بالقلع.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وإن حمل السيل طعام رجلٍ إلى أرض آخر، فنبت فيها؛ فهل يجبر صاحب الطعام على القلع مجانًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجبر لأنه غير مفرطٍ فى إنباته.

والثانى: يجبر - وهو الصحيح - لأنه شغل ملك غيره بملكه من غير إذنٍ، فأجبر على إزالته، كما لو كان فى داره شجرة، فانتشرت أغصانها (فى هواء) دار غيره.

(فصل) وإن أعاره أرضًا للزراعة، فزرعها، ثم رجع فى العارية قبل أن يدرك الزرع، وطالبه بالقلع - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كالغراس فى التبقية، والقلع، والأرش.

والثانى: أنه يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل؛ لأن للزرع وقتًا ينتهى إليه، وليس للغراس وقت ينتهى إليه، فلو أجبرناه على التبقية، عطلنا عليه أرضه.

(فصل) وإن أعاره حائطًا ليضع عليه أجذاعًا، فوضعها؛ لم يملك إجباره على قلعها؛ لأنها تراد للبقاء (فلا) يجبر على قلعها؛ كالغراس.

وإن ضمن المعير قيمة الأجذاع؛ ليأخذها؛ لم يجبر المستعير على قبولها؛ لأن أحد طرفيها فى ملكه، فلم يجبر على أخذ قيمته.

وإن تلفت الأجذاع، وأراد أن يعيد مثلها على الحائط؛ لم يجز أن يعيد إلا بإذنٍ؛ لأن الإذن تناول الأول دون غيره، فإن انهدم الحائط، وبناه بتلك الآلة - لم يجز أن يضع الأجذاع على الثانى؛ لأن الإذن تناول الأول.

ومن أصحابنا من قال: يجوز؛ لأن الإعارة اقتضت التأبيد، والمذهب الأول.

(فصل) وإن وجدت أجذاع على الحائط، ولم يعرف سببها، ثم تلفت؛ جاز إعادة مثلها؛ لأن الظاهر أنها بحق ثابتٍ.

(الشرح) قوله: «السيل»، السَّيْلُ: اسم للماء الآتى من حيث لا يحتسب، ويقال له الأتِيُّ. وأصله مصدر أطلق على السايل[1].

السَّيلانُ: جريان الماء. ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَسَلْنَا لَهُۥ عَيْنَ ٱلْقِطْرِ﴾ [سبأ: ١٢]،

---

(١) ينظر: عمدة الحفاظ (٢/ ٢٨١).

أى أذبناه حتى سال سيلان المائعات. وقُرئ: ﴿سال سايل﴾ [المعارج: ١] فقيل: هو وادٍ يسيل عليهم بأنواع العذاب. يقال: سال يسيل سيلانًا. وقيل: هو من السؤال، وأبدلت الهمزة ألفًا. وأنشد: [من البسيط]

سالت هُذيل رسول الله فاحشة ضلت هذيل بما سالت ولم تُصِبِ(١)

قوله: «قبل أن يُدرك الزَّرْعُ»(٢) معناه: قبل أن يستحصد ويُمْكِنَ أخذه، يقال: أدركت الثمرة، والزرع: إذا بلغ، وأصل الإدراك اللحوق بالشىء، وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا ٱدَّارَكُواْ فِيهَا جَمِيعًا﴾ [الأعراف: ٣٨] أى: لَحِقَ بعضهم بعضًا.

قوله: «الأجذاع» هى الخُشُبُ العِظامُ التى للبناء.

الأحكام: إن حمل السيل حَبَّ رجل من حنطةٍ أو شعير ونحو ذلك إِلَى أرض آخر - فنبَتَ فيها - كان النباتُ لصاحبِ الحبِّ، وهكذا إذا حمل جَوْزًا أو لوزًا، كان الشجر لصاحبِ الجَوْز واللوز؛ لأنه عَيْنُ ماله تحوَّل إلى صفة أخرى؛ فلم يزلْ ملكهُ عنه بذلك، ولصاحبه نَقْله على الأرض؛ لأنه ملكه، وهل لصاحب الأرض أن يطالبَهُ بقَلْعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لأنَّ هذا حصَلَ فى ملكه بغير تفريطٍ من مالكِهِ؛ فصار بمنزلة المأذون فيه.

والثانى: - وهو الأصح -: أنَّ له ذلك؛ لأنه حصل فى ملكه من غير إذنٍ؛ فأجبر على إزالته؛ كما لو كان فى داره شجرة؛ فطالَتْ وانتشرت أغصانها فى هواء دار غيره، فإنَّ عليه إزالتها.

وإذا نقل ذلك، وحصَلَ فى الأرض حفر، لزمه تسوية الأرضِ؛ كما لو دخل فصيلٌ له إلى دار غيره، وكَبِرَ، ولم يمكن إخراجه إلا بنقض باب الدارِ لإخراجه - كان عليه ردُّه وإصلاحه؛ لأنه فعله لتخليصِ ملكِهِ؛ فكذلك هاهنا.

فصل: وإن أعاره أرضًا للزراعةِ، فزرعها ثم رجَعَ فى العاريَّة قبل أن يدركَ الزرع، وطالبه بالقلع، وضمن له أرشَ النقصِ، أو بذل له قيمة الزرع لتملّكه - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كالغراس فى التبقية والقلع والأرش.

---

(١) البيت لحسان بن ثابت فى ملحق ديوانه ص (٣٧٣)، وشرح المفصل (٩/ ١١٤)، والكتاب (٣/ ٤٦٨)، وبلا نسبة فى شرح شافية ابن الحاجب (٣/ ٤٨)، والمحتسب (١/ ٩٠).

(٢) ينظر: النظم (٢/ ١٩).

والثانى: أنه يجبر المعير على التبقية بأجرة المثلِ؛ لأن للزَّرْع وقتًا ينتهى إليه، وليس للغراس وقتٌ ينتهى إليه؛ فلو أجبرناه على التبقية، عطَّلنا عليه أرضه، وفى الزرع بخلافه.

فصل: وإنْ أعاره حائطًا ليضعَ عليه أجذاعًا، جاز؛ كما يجوزُ الإعارة للغراس والبناء؛ لأنَّ كل واحد منهما يرادُ للبقاء والتأبيد، فإنْ رجع فيها المعيرُ قبل أن يضع الأجذاع، أو بعد وضعها وقبل البناء عليها - صحَّ، ولزمَ المستعير رفعها؛ لأنه لا ضرَرَ عليه فى ذلك. وإنْ رجع بعدما بنى عليها، لم يملكْ إجباره على قلعها؛ لأنها تراد للبقاء والتأبيد، وإنْ ضمن المعير قيمة الأجذاع؛ ليأخذها، لم يجبرِ المستعير على قبولها؛ لأنَّ حد طرفيها فى ملك نفسه؛ فلم يجبرْ على أخذ قيمتها، وأحد طرفيها فى مِلْكه، وهكذا إن ضمن قيمة رءوس الأجذاع التى على حائطِهِ، لم يجبرِ المستعير على قبولها؛ لأنه لا منفعَةَ له فى ذلكَ، ولا يمكنه قطعها؛ لأنَّ فيه إضرارًا بالمستعير.

وإن قال: أنا أقلعها، وأضمن أرش ما نقص بالقلع من البناء، لم يكن له ذلك؛ لأن الذى له أَحَد الطرفَيْن؛ فلا يملك أنْ ينقص لأجله ما هو على غير ملكه بضمان القيمة، ويفارق الغراس والبناء؛ لأنَّ جميعَ ذلك فى ملكِ المستعيرِ.

فإن تلفتِ الأجذاعُ بأنْ سقط الساباط، وتكسَّرتِ الأجذاع والحائط بحاله، وأراد أن يعيد مثلها على الحائطِ - لم يجز، إلا بإذنٍ جديدٍ؛ لأن الإذن تناوَلَ الأوَّل دون غيره.

ومن أصحابنا من قال: يجوزُ.

والمذهب الأوَّل.

وهكذا إذا أعاره أرضًا للغراسِ، فغرس، ثم جفَّ الغراس وانقلع - لم يكن له أن يعيد غرسًا آخر على المذهب من غير إذن؛ لما ذكرناه.

ويجوز على قولِ ذلك القائل، ما لم يرجع المعيرُ.

وإن انهدم الحائط: فإنْ بناه بتلك الآلة، لم يجزْ أنْ يعيدَ تلك الأجذاعَ على الثانى مِنْ غير إذْن جديد؛ لأن الإذنَ تناوَلَ الحائط الأوَّل.

ومن أصحابنا من قال: يجوز؛ لأنَّ الإعارة اقتضَتِ التأبيد.

والمذهب الأوَّل؛ لأنَّ الإعارة عقْدٌ غير لازم؛ وإنما لزمتْ فيما قبل الانهدامِ؛ لما

فيها مِنَ الضرر على المستعيرِ، وقد زال ذلك، فافتقرَ إلى الإذن. وإن بناه بغَيْر آلته؛ لم يجزْ أن يعيدها مِنْ غير إذن وجهًا واحدًا؛ لأنَّ هذا غير الذى تناوله الإذْنُ.

فصل: وإن وجدتْ أجذاع لرجلٍ على حائط جاره، ولم يعرفْ سبب وضعها، ثم تلفَتْ، جاز له إعادة مثلها؛ لأنَّ الظاهر أنَّها بحقٍّ ثابت، وكذلك إن وجدَ غراس لرجل فى أرض غيره، ولم يعرف سببه، ثم تلف، جاز له غرسُ مثله؛ لما ذكرناه.

فصل: وإن أعار بقعةً لدفن ميِّت، لم يكن له أن يرجع فيها قبل أن يبلى، فإنْ كان فيها شجر، واحتاج إلى السقى، فقد قيل: له أن يسقى بشَرْط ألَّا يظهر الميِّت.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) إذا استعار من رجلٍ عبدًا، ليرهنه، فأعاره - ففيه قولان:

أحدهما: (أن ذلك) ضمان، (وأن) المالك للرهن ضمن الدين عن الراهن فى رقبة عبده؛ لأن العارية ما يستحق به منفعة العين، والمنفعة هاهنا للمالك، فدل على أنه ضمان.

والثانى: أنه عارية؛ لأنه استعاره ليقضى به حاجته، فهو كسائر العوارى.

فإن قلنا: إنه ضمان؛ لم يصح حتى يتعين جنس الدين، وقدره، ومحله؛ لأنه ضمان (لم يصح) فاعتبر فيه العلم بذلك.

وإن قلنا: إنه عارية، لم يفتقر إلى ذلك؛ لأنه عارية، فلا يعتبر فيه العلم فإن عين له جنسًا، وقدرًا، ومحلا - تعين على القولين؛ لأن الضمان والعارية يتعينان بالتعيين، فإن خالفه فى الجنس - لم يصح؛ لأنه عقد على ما لم يأذن له فيه، وإن خالفه فى المحل بأن أذن له فى دينٍ مؤجلٍ، فرهنه بدينٍ حال - لم يصح؛ لأنه قد لا يجد ما يفك به الرهن فى الحال.

وإن أذن له فى دينٍ حال، فرهنه بدينٍ مؤجلٍ - لم يصح؛ لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجلٍ، فإن خالفه فى القدر، بأن أذن له فى الرهن بعشرةٍ، فرهن بما دونها جاز؛ لأن من رضى أن يقضى عن غيره عشرةً؛ رضى أن يقضى ما دونه.

وإن رهنه بخمسة عشر - لم يصح؛ لأن من رضى بقضاء عشرةٍ؛ لم يرض بما زاد.

(فصل) وإن رهن العبد بإذنه، بدينٍ حال؛ جاز للسيد مطالبته بالفكاك على القولين فى الحال؛ لأن للمعير أن يرجع فى العارية، وللضامن أن يطالب بتخليصه من

الضمان.

فإن رهنه بدينٍ مؤجلٍ بإذنه، فإن قلنا: إنه عارية - جاز له المطالبة بالفكاك؛ لأن للمعير أن يرجع متى شاء.

وإن قلنا: إنه ضمان؛ لم يطالب قبل المحل؛ لأن الضامن إلى أجلٍ لا يملك المطالبة قبل المحل.

(فصل) وإن بيع فى الدَّينِ، فإن قلنا: إنه عارية، رجع السيد على الراهن بقيمته؛ لأن العارية تضمن بقيمتها.

وإن قلنا: إنه ضمان، رجع بما بيع به، سواء بيع بقدرِ قيمته أو بأقل، أو بأكثر؛ لأن الضامن يرجع بما غرم، ولم يغرم إلا ما بيع به.

(فصل) وإن تلف العبد، فإن قلنا: إنه عارية، ضمن قيمته؛ لأن العارية مضمونة بالقيمة.

وإن قلنا: إنه ضمان، لم يضمن شيئًا؛ لأنه لم يغرم شيئًا.

(فصل) وإن استعار رجل من رجلين عبدًا، فرهنه عند رجلٍ بمائةٍ، ثم قضى خمسين، على أن تخرج حصة أحدهما من الرهن؛ ففيه قولان:

أحدهما: لا تخرج؛ لأنه رهنه بجميع الدين فى صفقةٍ، فلا ينفك بعضه دون بعضٍ.

والثانى: يخرج نصفه؛ لأنه لم يأذن كل واحدٍ منهما إلا فى رهن نصيبه بخمسين، فلا يصير رهنًا بأكثر منه.

(الشرح) قوله: «ليرهنه»: بفتح الياء ويجوز ضمها كما تقدم.

الأحكام: إذا استعار منْ رجل عبدًا ليرهنه بحقٍّ عليه، ففيه قولان:

أحدهما: أنَّ ذلك ضمانٌ؛ لأن المالك للرهن - وهو العبد - ضمن الدين عن الراهن فى رقبة عبده؛ لأنَّ العارية هى ما يستحقُّ به منفعة العين، والمنفعة هاهنا للمالكِ، فدلَّ على أنه ضمان.

والثانى: أنه إعارةٌ؛ لأنه استعاره ليقضى به حاجتَهُ؛ فهو كسائر العوارى.

والصحيحُ هو الأوَّل؛ لأن أعيان الأموال تجرى مجرى الذممِ؛ بدليل أنه يتصرَّف تارَةً فى عين المالِ، وتارةً فى الذمَّة، فإذا جاز أن يضمن الشيء فى الذمَّة، جاز أن

يضمن فى عين المال.

فصل: ويصح الرهن على القولَيْن جميعًا، ويلزم بالقبض.

وقال أبو العباس بن سُرَيْج: إذا قلنا: إنه عاريَّة، لم يصحَّ؛ لأن العارية لا تلزمُ، والرهن من شأنه أن يكونَ لازمًا؛ فتنافيا.

والمذهب الأوَّل؛ لأن العاريَّة لا تكونُ لازمةً فيما بين المعير والمستعير، ونحن لا نجعل ذلك لازمًا فيما بينهما، وإنما يلزم فى حق المأذون له، وحق المرتهن، وعلى أن العارية قد تلزمُ، وهو إذا أعاره أرضًا ليغرسَ فيها، أو حائطًا ليضع عليه أجذاعًا.

فإذا ثبت هذا: فإن قلنا: إنه ضمانٌ، لم يصحَّ إعارته حتى يبيّن من له الحق، وجنس الدين وقدره ومحلّه؛ مثل أن يقولَ: أذنتُ لك أن ترهنه عند فلان بكذا وكذا درهمًا حالًا، أو يقول مؤجَّلًا؛ لأنه ضمانٌ، فاعتبر فيه العلم بذلك؛ لأنه لا يصحُّ ضمان المجهول، ولا يكونُ معلومًا إلا بذلكَ.

ومتَى جهل شيئًا من ذلك، فالرهن باطل.

وإن قلنا: إنه عاريَّة، لم يفتقر إلى ذلك؛ لأنه عاريَّةٌ، والعارية لا تفتقر إلى العلمِ بالمنفعة التى تحصلُ للمستعير، فإنْ عيّن له جنس الدَّين الذى يرهنه عليه وقدره ومحلّه تعين على القولَيْن معًا؛ لأنَّ الضمان والعاريَّة يتعيَّنان بالتعيين، فإنْ خالفه فى الجنس، لم يصحَّ؛ لأنه عقد على ما لم يأذنْ له فيه.

وإن خالفه فى المحلِّ بأنْ أذن له فى رَهْنه فى دَيْن مؤجّل، فرهنه بدَيْن حالٌ - لم يصحَّ؛ لأنه قد لا يجدُ ما يفكُّ به الرهن فى الحال.

وإن أذن له فى دَيْن حالّ، فرهنه فى دين مؤجَّل - لم يصحَّ؛ لأنه لا يرضى أن يحالَ بينه وبين عبده إلى أجل.

وإنْ خالفه فى القدر بأنْ أذن له فى الرهن بعشرة، فرهن بما دونها جاز؛ لأن مَنْ رضى أن يقضى عن غيره عشرة، رضى أن يقضى عنه ما دونها.

وإنْ رهنه بخمسة عشر، لم يصحَّ فى الخمسة الزائدة على العشرة؛ لأنَّ من رضى بقضاء عشرة، لم يرضَ بما زاد، وهل يصحُّ فى العشرة:

من أصحابنا من قال: هو على القولَيْن فى تفريق الصفقة.

ومنهم من قال: لا يصحُّ قولًا واحدًا، وقد نصَّ عليه الشافعىُّ، ولم يذكر قولَيْن،

ولأنَّه خالفه فى إذنه؛ فلم يصحَّ تصرفه؛ كما لو وكَّله فى بيع عبد، فباع عبدَيْن.

فصل: وإنْ رهن العبد بإذنه بدَيْن حالّ، جاز للسيِّد أن يرجعَ فى العارية، وللضامن أن يطالبَ المضمون عنه بتخليصِهِ من الضمانِ، وإن رهنه بإذنِهِ بدَيْن مؤجَّل.

فإنْ قلنا: إنه عاريَّة، جاز له مطالبته بالفكاكِ متَى شاء؛ لأن للمعير أن يرجعَ فى العارية متى شاء.

وإن قلنا: إنه ضمان، لم يجزْ له أن يطالبه بالفكاكِ قبل المحلّ؛ لأن الضامنَ إلى أجلٍ، لم يملك المطالبة قبل المحلّ.

فصل: فإنْ كان على دَيْن حالّ، أو على دين مؤجَّل، فحَلَّ وطالَبَ المرتهنُ الراهنَ بقضاءِ الدَّيْن، فلم يَقْضِهِ، بِيعَ العبد فى دَيْنه، سواء قلنا: هو عارية، أو ضمان؛ لأنه دخَلَ فيه على ذلك وللسيِّد أن يرجعَ على المستعير على القولَيْن جميعًا؛ لأنه: إن كان ضمانًا، فقد غرمه عنه، وإن كان عاريَّة، فقد تلفَتْ فى حكم يده.

ثم إنْ قلنا: إنه عاريَّة، رجع السيد على الراهنِ بقيمته؛ لأنَّ العارية تضمنُ بقيمتها.

وإن قلنا: إنه ضمانٌ، رجع بما بيع به، سواء بيع بقدر قيمتِهِ أو بأقلّ أو بأكثَرَ، إذا كان الأقلُّ مما يتغابن الناس بمثله؛ لأن الضامن يرجعُ بما غرمَ، ولم يغرمْ إلا ما بيع به؛ لأنه القدر الذى غرمه عَنْهُ.

فصل: وإن تلف العبد بأنْ مات أو جنى، فقتل قصاصًا، أو بيع فى الجناية:

فإنْ قلنا: إنَّه عارية، ضمن قيمته، أو ما بيع به؛ لأنَّ العاريَّة مضمونة بذلك.

وإنْ قلنا: إنه ضمان، لم يرجعْ عليه بشىء؛ لأنه لم يغرمْ عنه شيئًا.

وقال أبو حنيفة: يرجع عليه بقدر ما سقَطَ من دينه بناءً على أنَّ الرهن عنده مضمونٌ على المرتهن بدينه، ونحن نمنعُ من ذلك.

فإن طالبه بفكاكه، فلم يفكّه، فكه السيِّد، فإن كانَ بغير إذنِ الراهنِ، لم يرجعْ عليه بشىء؛ لأنه متطوّع به، وإن كان بإذنه، رجع، وإن لم يشرطِ الرجوع؛ لأنه قد تعلَّق برقبة عبده.

فإن اختلفا فى الإذنِ، فقال السيد: فككته بإذنك، وقال الراهن: بل فككته بغير

إذنى - فالقولُ قولُ الراهن؛ لأنَّ الأصلَ عدَمُ الإذنِ؛ فإنْ أقام السيِّد بيِّنة على الإذنِ، رجع، فإنْ شهد المرتهن: فقد قال الشافعى: تقبل شهادته؛ لأنه لا يَجُرُّ بها إلى نفسه نفعًا، ولا يدفع عنها ضررًا.

فصل: وإنِ استعار مِنْ رجلٍ عبدًا، فرهنه عند رجل بمائةٍ، فطالبه السيِّد بفكاكه، فقضى خمسين - لم يخرجْ شىء منه من الراهن، وإن استعار رجُلٌ من رجلَيْن عبدًا، فرهنه عند رجل بمائةٍ، وقضى خمسين على أنْ يخرجَ حصَّة أحدهما من الرهن ففيه وجهان:

أحدهما: لا يخرجُ؛ لأنه رهنه بجميع الدَّيْن فى صفقة واحدة؛ فلا ينفك بعضه دون بعضٍ؛ كما لو كان لواحد.

والثانى: يخرج نصْفُهُ؛ لأنه لم يأذن كلّ واحد منهما إلا فى رهنِ نصيبه بخمسينَ؛ فلا يصير نصيبه رهنًا بأكثَرَ منه، ثم ينظر فى المرتهن: فإنْ كان عالمًا بأنَّه لاثْنَيْنِ، فلا خيار له؛ لأنه علم أنه عقدان، وإن لم يعلَمْ: فإن كان الرهن غير مشروطٍ فى البيعِ، فلا خيار له، وإن كان مشروطًا فى البيع، ففيه وجهان:

أحدهما: لا خيارَ له؛ لأنه حصَلَ له رهنُ جميعه، وإنما انفكَّ بعضه بعد ذلك.

والثانى: له الخيار فى فسخ البيعِ؛ لأنه دخل فى العقد على أنْ يكون رهنًا واحدًا، وقد خرج بخلافِهِ.

وإن استعارَهُ منهما، ورهنه عند رجلَيْن، فقضى حقّ أحدهما، انفك نصْف نصيب ما عنده على أحد القولين.

فصل: وإن قال: خذ عبدى هذا، فارهنه بما شئتَ، قال فى «الإيضاح»: فإنْ رهنه بقدر القيمةِ أو أقلّ، جاز، وإن رهنه بأكثَرَ من القيمة، ففيه وجهان:

أحدهما - وهو الصحيح -: أنه يجوزُ.

والثانى: أنه لا يجوز فيما زاد على القيمةِ، وهل يجوزُ فى الباقى؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجوزُ بل يبطُل فى الجميع.

والثانى: يجوزُ فى الباقى.

فصل: وإن استعار مِنْ رجلٍ عبدًا، فرهنه بمائتَيْن، ثم اختلفَا؛ فقال المالك: أَذِنْتُ لك فى رهنه بمائة، وقال المستعير: بل أذنت فى رهنه بمائتَيْن، وأقام كلُّ واحد منهما بينةً على ما ادَّعاه - قدِّمَتْ بينةُ المستعير، قال الشافعى: لأنَّ ذلك لا

يتنافى؛ لأنّه قد يأذنُ فى رهنه بمائةٍ، ثم يأذن فى مائتَيْن.

فصل: وإن أذنَ لرجُلٍ فى رهن عبده، وأذن - أيضًا - لآخر فى رهنِهِ، فأيهما سبَقَ إلى رهنِهِ، جاز.

فإنْ رهنه أحدهما، ثم أقبضه، ثم الآخر بعده - فالرهنُ هو الأوَّل.

فإن لم يعلم أيهما الأوَّل - فالقولُ قولُ المالك دون الراهنين والمرتهنين.

فإنْ قال: لا أعلم وصدَّقاه، فلا يمين عليه، وفسخ الرهنان.

وإن قال: هو فلان، قبل منه، وهل يحلف الآخر؟ فيه قولان، إلا أن يشهد أجنبيَّان بأنَّ الأوَّل هو هذا؛ فيعمل عليه.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) إذا ركب دابة غيره، ثم اختلفا، فقال المالك: أكريتها، فعليك الأجرة، وقال الراكب: بل أعرتنيها، فلا أجرة لك؛ فقد قال «فى العارية»: القول قول الراكب، وقال «فى المزارعة»: إذا دفع أرضه إلى رجلٍ، فزرعها، ثم اختلفا فقال المالك: أكريتكها، وقال الزارع: بل أعرتنيها؛ فالقول قول المالك.

فمن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما؛ فقال «فى الدابة»: القول قول الراكب، وقال «فى الأرض»: القول قول المالك؛ لأن العادة أن الدواب تعار، فالظاهر فيها مع الراكب، والعادة فى الأرض أنها تكرى ولا تعار، فالظاهر فيها مع المالك.

ومنهم من نقل الجواب فى كل واحدةٍ منهما إلى الأخرى، وجعلهما على قولين، وهو اختيار المزنى.

أحدهما: أن القول قول المالك؛ لأن المنافع كالأعيان فى الملك، والعقد عليها، ثم لو اختلفا فى عينٍ، فقال المالك: بعتكها، وقال الآخر: بل وهبتنيها؛ كان القول قول المالك، فكذلك إذا اختلفا فى المنافع.

والثانى: أن القول قول المتصرف؛ لأن المالك أقر بالمنافع له، ومن أقر لغيره بملكٍ، ثم ادعى عليه عوضًا؛ لم يقبل قوله.

فإن قلنا: إن القول قول المالك؛ حلف ووجبت له الأجرة.

وفى قدر الأجرة وجهان:

أحدهما: يجب المسمى؛ لأنه قبل قوله فيها، وحلف عليها.

والثانى: أنه تجب أجرة المثل - وهو المنصوص - لأنهما لو اتفقا على الأجرة، واختلفا فى قدرها - وجبت أجرة المثل، فلأن تجب أجرة المثل، وقد اختلفا فى الأجرة - أولى.

فإن نكل عن اليمين، لم يرد على المتصرف؛ لأن اليمين إنما ترد ليستحق بها حق، والمتصرف لا يدعى حقًّا؛ فلم ترد عليه.

وإن قلنا: إن القول قول المتصرف؛ حلف، وبرئ من الأجرة.

فإن نكل، رد اليمين على المالك، فإذا حلف استحق المسمى وجهًا واحدًا؛ لأن يمينه بعد النكول كالبينة فى أحد القولين، وكالإقرار فى الآخر، وأيهما كان - وجب المسمى.

وإن تلفت الدابة بعد الركوب، ثم اختلفا، فإن قلنا: إن القول قول المالك؛ حكم له بالأجرة، وإن قلنا: القول قول الراكب؛ فهل يلزمه أقل الأمرين من الأجرة، أو القيمة؟ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه (الأجرة)، لاتفاقهما على استحقاقه.

والثانى: لا يحكم له بشىء؛ لأنه لا يدعى القيمة، ولا يستحق الأجرة.

(الشرح) الأحكام: إن دفع دابَّة إلى غيرِهِ ليركبها، ثم اختلفا، فقال المالك: أجرتكها فلى الأجرة، وقال الراكب: بل أعرتنيها، فلا أجرة لك - نظَرْتَ:

فإنْ كانت الدابَّةُ باقيةً، وكان الاختلاف عقيبَ الدفعِ قبل أن يمضى زمانٌ لمثله أجرة، فالقولُ قولُ الراكب مع يمينه؛ لأن المالك يدَّعى عقد الإجارة، واستحقاق الأجرة والأَصْل: عدمه؛ فكان القولُ قولَهُ؛ كما لو قال: بعتكها بكذا، وأنكره.

فصل: وإنْ كان الاختِلافُ بعد أن مضت مدَّة لمثلها أجرةٌ: فقد قال الشافعىُّ هاهنا: قولُ الراكب مع يمينه، وقال فى «كتاب المزارعة»: إذا دفع أرضًا إلى رجل، فزرعها، ثم اختلفا، فقال المالك: أكريتكها بكذا وكذا، وقال الزارع: بل أعرتنيها، فالقول قولُ المالكِ مع يمينه.

فمن أصحابنا من حمَلَ المسألتَيْن على ظاهرهما؛ فقال فى الدابَّة: القولُ قولُ الراكب، وقال فى الأرض: القولُ قولُ المالكِ؛ لأنَّ العادة جارية بإعارة الدوابِّ للركوب؛ فالظاهر فيها مع الراكب بالعرف؛ فكان القولُ قولَهُ لقوَّة دعواه، والعادة فى الأرضِ أنَّها تكترى للزراعة ولا تعار؛ فالظاهرُ فيها بالعرف مع المالك، فكان

القولُ قولَهُ لقوّة دعواه.

ومنهم من نقل الجوابَ مِنْ كلٍّ واحدة منهما إلى الأخرى، وجعلهما على قولَيْن:

أحدهما: أنَّ القولَ قولُ المالك فيهما؛ وهو محكيٌّ عن مالك، وهو اختيار المزنى؛ لأن المنافع كالأعيانِ فى الملكِ والعقد عليها؛ بدليلِ جواز العقد عليها، وضمانها فى العقد الصحيح بالمسمَّى، وفى العقد الفاسد بأُجْرة المثلِ، ثمَّ لو اختلفا فى عين، فقال المالك: بعتكها، وقال الآخر: بل وهبتنيها، كان القولُ قول المالك فى أنه ما وهَبَها؛ فكذلك إذا اختلفا فى المنافع.

والثانى: أن القولَ قول المتصرف، وهو محكى عن أبى حنيفة؛ لأنهما قد اتفقا على أنّ المنافع حدثَتْ فى ملكِ الراكب؛ لأنَّ المالك أقرَّ بأن المنافع له بعقد الإجارةِ، والراكب يقولُ: استوفاها بالإعارة، ومن أقر لغيره بملكٍ، ثم ادعى عليه عوضًا، لم يقبلْ قوله مثْل أنْ يقول: هذا العبد الذى لك قد أتلف علىَّ كذا، فإنه يقبلُ إقراره بالملك، ولا يقبلُ قولُهُ فيما ادعاه، وعلى هذا: يحملُ قولُ صاحب الكتاب.

فصل: فإنْ قلنا: إن القولَ قولُ المالك، حلف بالله تعالَى أنه ما أعاره، ولقد أجره ووجب له الأجرة.

وقيل: يحلف على نفى الإعارة، ولا يتعرَّض لإثبات الإجارة، وليس بشئ.

وفى قدر الأجرة وجهان:

أحدهما: أنه يجب المسمى؛ لأنه قبل قوله فيها، وحلف عليها.

والثانى: يجب أجرة المثل، وهو المنصوص؛ لأنهما لو اتفقا على الأجرة، واختلفا فى قدرها، وتحالفا وجبت أجرة المثل، فلأن تجب أجرة المثل، وقد اختلفا فى أصل الأجرة أولى.

ولأن إيجاب ما يدعيه من ذلك يؤدى إلى الخروج عن المتعارف؛ لجواز أن يدعى أكثر من قيمة الدابة مرارًا؛ فوجب أجرة المثل.

فإن نكل عن اليمين، لم ترد على المتصرف؛ لأن اليمين إنما ترد؛ ليستحق بها حق، والمتصرف لا يدعى حقًا، فلم ترد عليه.

وقيل: ترد عليه، وليس بشىء.

فإن لم يحلف المالك، وأراد أن يستحلف الراكب، قال أبو الفتح سليم: كان له

ذلك؛ كما لو ادعى على رجل حقًا، وأقام شاهدًا واحدًا، كان له أن يحلف مع شاهده، وأن يستحلف خصمه.

وإن قلنا: إن القول قول المتصرف حلف، ورد الدابة عليه، وبرئ من الأجرة.

فإن نكل ردت اليمين على المالك، فإن حلف استحق المسمى؛ وجهًا واحدًا؛ لأن يمينه بعد النكول كالبينة فى أحد القولين، وكالإقرار فى القول الآخر، وأيهما كان وجب المسمى.

فصل: وإن كانت الدابة تالفة نظرت: فإن تلفت قبل أن يمضى زمان لمثله أجرة، فالراكب معترف بقيمة الدابة للمالك وهو لا يدعيها عليه؛ فلا يأخذ منها شيئًا؛ كسائر من يعترف لغيره بحق وهو لا يدعيه.

وإن تلفت بعد أن مضى زمان لمثله أجرة، فمن أصحابنا من قال: إن كانت القيمة والأجرة سواء دفع ذلك إلى المالك ولا يمين وانقطعت الخصومة بينهما؛ لأنه مقر له بقدر ما يدعيه من الأجرة، ولا اعتبار باختلاف سبب الوجوب.

وإن كانت القيمة أكثر دفع قدر الأجرة، وإن كانت الأجرة أكثر دفع قدر القيمة، وكان الحكم فى الزائد من الأجرة على القيمة على ما مضى من الطريقين فى أصل الأجرة: فإن قلنا: إن القول قول المالك وحلف، استحق الزيادة مع القيمة.

وإن قلنا: إن القول قول الراكب وحلف برئ من الزيادة.

ومنهم من قال: إقرار الراكب بالقيمة سقط؛ لأن الراكب لا يدعيها، ولا تثبت الأجرة ويكون الحكم فى الأجرة على الطريقين.

فإن قلنا: إن القول قول المالك، وحلف استحق المسمى فى أحد الوجهين، وأجرة المثل فى الوجه الآخر.

وإن قلنا: إن القول قول الراكب، وحلف، لم يجب عليه شىء؛ لأن المالك لا يدعى القيمة، ولا يستحق الأجرة مع يمين الراكب.

فصل: وإن كان الاختلاف فى الأرض، وقد زرعها المدعى، وقلنا: إن القول قول رب الأرض وحلف، صارت الأرض فى يد الزارع فى أحد الوجهين بالأجرة المسماة، وفى الوجه الآخر: بأجرة المثل فى تلك المدة، وينظر: فإن كان قد بقى من المدة شىء، وبذل الزارع له أجرة المثل فى بقية المدة، لزم رب الأرض قبوله؛ لأنه قد اعترف أنها معه بأجرة.

وإن امتنع الزارع من ذلك، كان عليه تحويل الزرع عن الأرض؛ لما مضى فى مثله.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وإن قال المالك: غصبتنيها، فعليك الأجرة، وقال المتصرف: بل أعرتنيها، فلا أجرة علىَّ؛ فإن المزنى نقل: أن القول قول المستعير، واختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: المسألة على طريقين، كما ذكرنا فى المسألة قبلها:

أحدهما: الفرق بين الأرض، والدابة.

والثانى: أنهما على قولين؛ لأن الخلاف فى المسألتين جميعًا، فى وجوب الأجرة، والمالك يدعى وجوبها، والمتصرف ينكر، فيجب ألا يختلفا فى الطريقين.

ومنهم من قال: إن القول قول المالك، وما نقل المزنى غلط؛ لأن فى تلك المسألة أقر المالك للمتصرف بملك المنافع، فلا يقبل قوله فى دعوى العوض، وهاهنا اختلفا أن الملك للمالك، أو للمتصرف، والأصل أنها للمالك.

(فصل) وإن اختلفا، فقال المالك: أعرتكها، وقال الراكب: بل أجرتنيها؛ فالقول قول المالك؛ لأنهما اتفقا أن الملك له، واختلفا فى صفة انتقال اليد، فكان القول قول المالك.

فإن كانت العين باقيةً؛ حلف وأخذ، وإن كانت تالفةً؛ نظرت: فإن لم تمض مدة لمثلها أجرة، حلف واستحق القيمة، وإن مضت مدة لمثلها أجرة، فالمالك يدعى القيمة، والراكب يقر له بالأجرة فيحلف، ويستحق القيمة، وإن كان قد مضى مدة لمثلها أجرة فإن كانت القيمة أكثر من الأجرة، لم يستحق شيئًا، حتى يحلف.

وإن كانت القيمة مثل الأجرة، أو أقل منها؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يستحق من غير يمينٍ؛ لأنهما متفقان على استحقاقه.

والثانى: لا يستحق من غير يمينٍ؛ لأنه أسقط حقه من الأجرة، وهو يدعى القيمة بحكم العارية، والراكب منكر، فلم يستحق من غير يمينٍ.

(فصل) وإن اختلفا؛ فقال المالك: غصبتنيها، فعليك ضمانها، وأجرة مثلها، وقال الراكب: بل أجرتنيها، فلا يلزمنى ضمانها، ولا أجرة مثلها - فالقول قول المالك مع يمينه؛ لأن الأصل: أنه ما أجره.

فإن اختلفا، وقد تلفت العين؛ حلف، واستحق القيمة، وإن بقيت فى يد الراكب مدةً، ثم اختلفا، فإن المالك يدعى أجرة المثل، والراكب يقر بالمسمى، فإن كانت أجرة المثل أكثر من المسمى، لم يستحق الزيادة حتى يحلف، وإن لم تكن أكثر؛ استحق من غير يمينٍ؛ لأنهما متفقان على استحقاقه، والله أعلم.

(الشرح) الأحكام: إن قال المالك: غصبتنيها، وقال المتصرف: بل أعرتنيها – نظرت:

فإن كانتِ الدابة باقية، وكان الاختلاف عقب ما أخذها قبل أن يمضى زمانٌ لمثله أجرة – أخذ الدابّة من غير يمين، ولا شئ له سواها؛ لأنه لا يدعى أكْثَر من عين الدابة.

وإن كان الاختلافُ بعد مضىّ زمانٍ لمثله أجرة، فقد نقل المزنىُ أن القولَ قولُ المتصرِّف، واختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: المسألةُ على الطريقَيْن؛ كما ذكرناه فى المسألة قبلها:

أحدهما: فى الفرق بين الأرض والدابة.

والثانى: أنهما على قولَيْن؛ لأن الخلاف فى المسألتين جميعًا فى وجوب الأجرةِ، والمالكُ يدَّعى وجوبها، والمتصرفُ ينكر؛ فيجب ألا يختلفا فى الطريقَيْن.

ومنهم من قال: إنَّ هاهنا لقول قول المالك قولًا واحدًا.

وما نقله المزنى غلَطٌ؛ لأنَّ المالك يقولُ: حدثَتِ المنافع فى ملكى، وأتلفتها على، والمتصرف يقول: أذنت لى فى إتلافها، والأصلُ عدم الإذنِ؛ فكان القولُ قولَ المالك.

ويفارق المسألة الأولى؛ لأن فى تلك المسألة أقرَّ المالك للمتصرِّف بملك المنافع؛ فلا يقبل قوله فى دعوى العوض، وهاهنا اختلفا فى أنَّ المنافع للمالك أو للمتصرِّف والأصل: أنها للمالك.

وإن كانت الدابة تالفةً – نظرْتَ:

فإن تلفتْ عقيب أخذها، أخذ منه قيمتها من غير يمينٍ وجهًا واحدًا؛ لأنَّ الراكبَ يقرُّ له بالقيمة بالإعارة، وهو يدَّعيها بالغصب، والقيمة فيهما سواء؛ لأنه عقيبَ الغصب واختلافهما فى السبب الموجبِ للقيمة، لا يجرى مجرى إقرار أحدهما بالأجرة، ودعوى الآخر القيمة؛ لأنَّ ذلك اختلافٌ فى حقَّيْن مختلفَيْن، وهاهنا:

اتفقا على وجوب القيمة وإن كان التلف بعد مضئ مدّة لمثلها أجرة، فالكلام فى الأجرة على ما مضى فيه إذا كانت باقية.

أما القيمة: فإن لم تختلف؛ بأن كانت من وقت القبض إلى وقت التلف سواء - أخذها.

وإن اختلفت: فإن كانت حال التلف أقل، أخذ الأقل، وكان عليه اليمين فى الزيادة، وإن كانت القيمة حال التلف أكثر أخذها ولا يمين.

فصل: وإن اختلفا: فقال المالك: أعرتكها، وقال الراكب: بل أجرتنيها نظرت: فإن كان ذلك عقيب القبض، قبل أن يمضى شىء من المدة التى ادعاها، وكانت الدابة باقية، فالقول قول المالك مع يمينه، فإذا حلف أخذها منه؛ لأن الذى فى يده الدابة يدعى عقد الإجارة، والأصل عدمه فكان القول قوله؛ كما لو قال: بعتنيها، وأنكره.

وإن كان بعد مضى المدة، فالقابض هاهنا معترف بالأجرة، والمالك لا يدعيها؛ فلا يأخذ منه شيئًا، وله أخذ الدابة من غير يمين؛ لأن المدة التى تدعى فيها الأجرة قد انقضت.

وإن كان فى أثناء المدة فهو معترف له بأجرة القدر الذى مضى من المدة، وهو لا يدعيها، فلا يأخذ منه شيئًا، والقول قوله مع يمينه فيما بقى من المدة، فإذا حلف أخذ الدابة؛ لأنهما اتفقا أن الملك له، واختلفا فى صفة انتقال اليد، فكان القول قول المالك.

وإن كانت الدابة تالفة نظرت: فإن تلفت عقيب القبض، بحيث لم يمض مدة لمثلها أجرة - فإن المالك يدعى قيمتها، والراكب يقر له بالأجرة، وقد سقطت على قوله؛ بالفسخ؛ فيحلف المالك، ويستحق القيمة؛ لأن الاختلاف فى صفة القبض، والأصل فيما يقبضه الإنسانُ من مال غيره بالضمان؛ لقوله ﷺ: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّ».

وإن تلفتْ بعد مضىّ المدة، أو فى أثنائها: فإن كانتِ القيمةُ أكثر مِنَ الأجرة، لم يستحقَّ الزائد على الأجرة حتَّى يحلف، وهلْ يحلفُ على ما وافق قدر الأجرة؟ فيه الوجهان فى المسألة بعدها.

وإن كانتِ القيمةُ مثل الأجرة، أو أقلَّ منها، ففيه وجهان:

أحدهما: يستحقُّ ذلك من غير يمين؛ لأنه أسقَطَ حقَّه من الأجرة، وهو يدَّعى

القيمة بحُكْمِ العاريّة، والراكبُ ينكر؛ فلم يستحقَّ من غير يمين.

فصل: وإن اختلفا عقيبَ القبضِ، والدابّةُ باقيةٌ، فقال المالك: غصبتنيها، فعليك ضمانها، وأجرةُ مثلها إنْ أقامَتْ فى يدك مدَّة لمثلها أجرة، وقال الراكبُ: بل أجرتنيها، فلا يلزمنى ضمانها، ولا أجرة مثلها - فالقولُ قول المالك مع يمينه؛ لأنَّ الأصل أنه ما أجره، ولم يتَّفقا أنَّ المنفعة حدثَتْ تحت يد الراكب، وقد اعترف بأنَّ الدابّة له؛ فكان القولُ قولَ المالك مع يمينه؛ فإذا حلف أخذها، وإنِ اختلفا والدابّة تالفة - نظرْت:

فإن تلفتْ قبل أن تمضى مدَّة لمثلها أجرةٌ، حلف المالك، واستحقَّ القيمة، وإن كان بعد أن مضى مدة لمثلها أجرة: فإنَّ المالك يدَّعى القيمة، وأجرة المثل، والراكب يقرُّ بالمسمَّى من الأجرةِ، فيحلفُ المالك على القيمة ويستحقُّها.

وأمَّا الأجرة: فإن كانت أجرة المثل أكثر من المسمَّى، لم يستحقَّ الزيادة حتى يحلف، وإن لم تكنْ أكثر من المسمَّى، استحقها من غير يمين؛ لأنهما متفقان على استحقاقها.

فصل: إذا استعار دابّة من مصر ليركبها إلى دمشق، فركبها إلى حلب، فقد تعدَّى وتكون مضمونة إلى دمشق ضمانَ العارية، ولها أجرة عليه؛ لأنه مأذونٌ له فى ركوبها إلى دمشق.

فإذا جاوزها، ضمنها ضمان الغصب، ويجب عليه أجرة المثل فيما بعد ذلك، فإذا ردها إلى دمشق، لم يزل عنه الضمان.

فصل: وإن دفع دابةً لرائِضٍ يروضها له، أو أرسل وكيلًا فى شغلٍ له، وأركبه دابَّته، فتلف من غير تعدٍّ، فلا ضمان عليه؛ لأنه ركبها لمنفعة المالكِ؛ فأشبه المستأجرة، فإن وجد مَنْ أعيا فى الطريق، فأركبه على وجه القُرْبة، احتمل أنْ يضمنَ، واحتملَ ألَّا يضمن.

قيل: والأظهر ألَّا يضمن، فإنَّ المالك هو الذى طلب أن يركب؛ لوجه الله تعالى.

وإن أردف المالك خلفه على دابَّته غيره، فتلفَتِ الدابَّة، فقد قيل: يضمن الرديف، وقيل: لا يلزمه شىء؛ لأنَّ الدابَّة تلفتْ فى يد المالك؛ فهو كالضَّيْف فى الدارِ؛ فإنه لا يلزمُهُ بتلفها شىء، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب الغصب

الغصب محرم؛ لما روى أبو بكرةَ قال: خطبنا رسول الله ﷺ - فقال: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام؛ كحرمة يومكم هذا، فى شهركم هذا، فى بلدكم هذا».

وروى أبو حميدٍ الساعدى: أن رسول الله ﷺ - قال: «لا يحل لامرىءٍ أن يأخذ مال أخيه بغير طيب نفسٍ منه».

(فصل) ومن غصب مال غيره، وهو من أهل الضمان فى حقه، ضمنه؛ لما روى سمرة أن النبى ﷺ - قال: «على اليد ما أخذت، حتى ترده».

(فصل) فإن كان له منفعة تستباح بالإجارة، فأقام فى يده مدةً لمثلها أجرة، ضمن الأجرة؛ لأنه يطلب بدلها بعقد المغابنة، فضمن بالغصب؛ كالأعيان.

(الشرح) قوله: «خطبنا رسول الله ﷺ فقال: «إن دماءَكم وأموالكم عليكم حرام ....» أخرجه البخارى[1]، ومسلم[2].

وقوله عن أبى حميد الساعدى أن النبى ﷺ قال: -...

فرواه أحمد[3] والطحاوى فى شرح المعانى[4]، وفى مشكل الآثار[5]، والبزار[6]، وابن حبان[7]، والبيهقى[8]، وذكره الهيثمى فى المجمع[9]، وقال: رواه أحمد والبزار ورجال الجميع رجال الصحيح

بلفظ: «لا يحل لمسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه». قال ذلك لشدة ما حرم الله من مال المسلم على المسلم.

---

(١) ١/ ٢١٣ كتاب العلم باب قول النبى ﷺ: «رب مبلغ أوعى من سامع» (٦٧).
(٢) ٣/ ١٣٠٥ - ١٣٠٦ كتاب القسامة باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض (٢٩/ ١٦٧٩).
(٣) (٥/ ٤٢٥).
(٤) (٤/ ٢٤١).
(٥) (٤/ ٤١ - ٤٢).
(٦) (٢/ ١٣٤) رقم (١٣٧٣).
(٧) (١١٦٦ موراد)، و (٥٩٤٦ - الإحسان).
(٨) (٦/ ١٠٠) كتاب الغصب باب من غصب لوحا فأدخله فى سفينة . . .
(٩) (٤/ ١٧٤).

وبلفظ الكتاب روى من طريق أبى حرة الرقاشى عن عمه أن النبى ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه».

رواه أحمد مطولا[١]، والدارمى[٢]، وأبو يعلى[٣]، والدارقطنى[٤]، والبيهقى[٥]، وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد[٦]، وقال: رواه أحمد، وأبو حرة الرقاشى وثقه أبو ادود وضعفه ابن معين وفيه على بن زيد وفيه كلام.

وأما حديث «على اليد ما أخذت......» أخرجه أبو داود[٧] والترمذى[٨]، وابن ماجة[٩]، والدارمى[١٠]، وأحمد[١١]، وابن أبى شيبة[١٢]، والطبرانى فى الكبير[١٣]، والحاكم[١٤]، والبيهقى[١٥] من طريق الحسن عن سمرة.

وقال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح. وقال الحاكم: صحيح على شرط البخارى. وقال المصنف فى التلخيص[١٦]: سماع الحسن من سمرة مختلف فيه.

قوله «كتاب الغصب» فى اللغة: أخذ الشىء من الغير ظلمًا، واعتبر بعضهم قيد المجاهرة[١٧].

قال الجوهرى: الغصب أخذ الشىء ظلمًا، يقال: غصب منه وغصب عليه،

---

(١) (٥/٧٢ - ٧٣).
(٢) (٢/٢٤٦) كتاب البيوع باب فى الربا الذى كان فى الجاهلية.
(٣) (٣/١٣٩ - ١٤٠) (١٥٦٩، ١٥٧٠)
(٤) (٣/٢٦) (٩٢)
(٥) (٦/١٠٠) كتاب الغصب باب من غصب لوحا فأدخله فى سفينة . . .
(٦) (٣/٢٦٨ - ٢٦٩).
(٧) (٣/٢٩٦) كتاب البيوع: باب فى تضمين العارية حديث (٣٥٦١).
(٨) (٣/٥٥٧) كتاب البيوع: باب ما جاء أن العارية مؤداة حديث (١٢٦٦).
(٩) (٢/٨٠٢) كتاب الصدقات: باب العارية حديث (٢٤٠٠).
(١٠) (٢/١٧٨).
(١١) (٥/٨، ١٢، ١٣)
(١٢) (٦/١٤٦).
(١٣) (٦٨٦٢).
(١٤) (٢/٤٧).
(١٥) (٦/٩٠)
(١٦) (٣/٥٣).
(١٧) ينظر المصباح المنير (٢/٦١٣)، الصحاح (١/١٩٤)، المطلع ص (٢٧٤)، المغرب ص (٣٤٠).

بمعنى، والاغتصاب مثله.

وقال صاحب المحيط: غصبه يغصبه غصبًا، أخذه قهرًا وظلمًا واغتصبه: أخذه قهرًا وظلمًا.

وقال صاحب القاموس: غصبه يغصبه، أخذه ظلمًا كاغتصبه، وفلانًا على الشيء: قهره.

ترى فى هذه النصوص - كما هو الظاهر - فريقين: فريق يلحظ فى الغصب قيد القهر، والغلبة لابد حينئذ من المجاهرة كالمحيط والقاموس، وفريق لا يلحظه كالجوهرى، وعلى هذا الأخيرِ فالسرقة غصب دون القول الآخر.

وأما فى الاصطلاح: فقد اختلف الفقهاء فيه:

فالشافعية قالوا: الغصب شرعًا الاستيلاء على حق الغير بغير حق[1] ، ذكروا فى هذا التعريف أمورًا ثلاثة: الاستيلاء، وعلى حق الغير، وبغير حق.

أما الاستيلاء فأناطوا الأمر فيه إلى العرف، وذكروا جملة من الأمثلة يتضح بها هذا الاعتبار العرفى كركوب الدابة، والجلوس على الفراش قَصَد الاستيلاء أم لا، وقيل: لا بد من قصد الاستيلاء، كما قيل: لا بد من النقل، وكدخول الدار وإزعاج صاحبها عنها وقد خرج منها، أو إزعاجه وقهره عنها وإن لم يدخل. وقيل لا غصب فى هذه، وكسكنى جزء من الدار ومنع المالك منه؛ فإن ذلك استيلاء على ذلك الجزء دون الثانى، وكدخول دار خلت من صاحبها قصد الإستيلاء عليها سواء كان ضعيفًا وصاحبها قويًا، فإن كان صاحبها فيها ولم يزعجه كان الاستيلاء والغصب لنصف الدار؛ لاستيلائه مع المالك عليها، إلا أن يكون ضعيفًا بحيث لا يعد مستوليًا على صاحب الدار؛ فلا غصب لشىء من الدار.

هذه أمثلة جرى حكمهم عليها بالاستيلاء والغصب، ولم يستندوا فى ذلك إلا بما جرى به العرف وقضت به العادة، واختلافهم فى بعضها إنما هو لاختلافهم فى الميزان العرفى.

هذا وإن الاستيلاء كما يكون حقيقيًا كما سبق من الأمثلة كذلك يكون حكميًا

---

(١) ينظر مغنى المحتاج (٢/ ٢٧٥) .

كذبح شاة مات ولدها نتيجة لذلك لتعين اللبن لغذائه. ومنْعٍ من سقى زرع وماشية منعًا مطلقًا من ماء مباح حتى هلكا بخلاف منع مالكهما أو تابعه فحسب من ذلك؛ إذ المنع حينئذ لخصوصهما فيمكن لغيرهما أن يسقيهما.

وعبر بعضهم بالأخذ بدل الاستيلاء وهو غير مستقيم؛ إذ لا يتناول كثيرًا من صور الغصب السابقة.

قوله: على حق الغير، حق الغير يتناول المال وغيره كالكلب النافع وجلد الميتة والسرجين وحق التحجر والقعود فى المسجد فيشمل المال والمنافع والاختصاصات، وقد يكون الغصب فى ذلك.

وقد عبّر بعضهم بالمال فقال: الاستيلاء على مال الغير، وهو قاصر كما ترى.

وقوله: بغير حق، يتناول هذا ما لو أخذ مال غيره بظنه ماله.

وقد عبر بعضهم بدل هذا بالعدوان فقال: هو الاستيلاء على حق الغير عدوانًا فلا يتناولها، قال الرافعى: لا يضر خروجها من التعريف؛ إذ ليست هذه الصورة، من الغصب، وفردا من حقيقته، بل لها حكم الغصب فقط فالعدوان يتعين.

وقد استدل الرافعى على ما ذهب إليه بأن الغصب يقتضى الإثم مطلقًا، وليس كذلك؛ بل ذلك أغلبى.

هكذا عالج الباحثون هذه النقطة، وإذن نكون أمام رأيين: فريق يرى أن هذه الصورة ليست من الغصب بل لها حكمه فقط، وفريق يرى أنها من الغصب، ولا سند للفريقين سوى اقتران الغصب بالإثم مطلقًا أو ذلك أغلبى، وكلا السندين مجرد دعوى لا تستند إلى حاسم من الدليل والبرهان.

ولكن الراجح الذى تجنح إليه الناس: أنه إذا ثبت لهذه الصورة حكم الغصب ومقتضياته فلا معنى للقول بأنها ليست فردًا من أفراده؛ فإن الغرض من تنويع الموضوعات الفقهية وجعلها وحدات نوعية متمايزة إنما هو ضبط الأحكام بضبط تلك الموضوعات، فإذا كانت أحكام الغصب تنتظم تلك الصورة فلا معنى لإخراجها عن حقيقة الغصب وموضوعه نعم خرج به نحو العارية والضيافة.

إلى هنا انتهى التعريف، ولا يخفى أنه يتناول ما أخذ من حرز مثله خفية وهو السرقة، أو مجاهرة وهو الحرابة والانتهاب. أو اعتمادًا على الهرب وهو الاختلاس، وما جحد وقد كان أمانة وهو الخيانة، أو ما قبض ببيع فاسد. وعلى هذا

جرى محققو الشافعية. وتشبث بعضهم بإخراجها فمنهم من زاد فى التعريف قيد القهر والغلبة فخرجت السرقة وكذا لا على وجه الاختلاس.

وزعم بعضهم أن الاستيلاء بما يحمله من معنى القهر والغلبة مغنٍ عن ذلك، ثم استندوا فى إخراجها على أن السرقة أفردت بباب خاص فى مباحث الجنايات. أقول وفى كل ذلك نظر من نواح مختلفة:

أما أولاً: فلأن هذين القيدين لم يخرجا إلا السرقة والاختلاس دون بقية المخرجات الأخرى.

وأما ثانيًا: فللتركيب فى قوله: لا على وجه الاختلاس، وذلك محظور فى التعريفات كما سيأتى فى تعريف المالكية.

نعم لهم أن يأخذوا قيود هذه المخرجات التى تميزها فى نظرهم عن الغصب ويضموها إلى تعريف الغصب كجزء منه بعد اعتبار السلب جزءًا منها، كأن يقال مثلًا: الغصب هو الاستيلاء على حق الغير بغير حق بلا خفية ولا اعتماد على الهرب... إلى آخره.

وأما ثالثًا: فلأن استدلالهم على الإخراج قاصر وخاص بالسرقة، نعم لهم أن يستندوا فى الحرابة، وكذا المقبوض بالبيع الفاسد على مثل ما ذكروه فى السرقة؛ فإن الحرابة أفردت بباب خاص فى مباحث الجنايات وهو باب قاطع الطريق، وكذا المقبوض بالبيع الفاسد أفرد بباب خاص فى كتاب البيوع، لكن بقيت الخيانة ما سندها؟

وأما رابعًا: فلأن هذا الاستدلال لا يغنى من الحق شيئًا؛ فإن السرقة مثلًا فيها اعتباران: اعتبار مالى، وإن شئت فقل اعتبار مدنى، وهو اعتبار موجب الرد والضمان، واعتبار جنائى وهو موجب قطع اليد. وذكرها فى مباحث الجنايات إنما هو لحال الاعتبار الثانى فلا ينافى أنها بالاعتبار الأول غصب، وتعالج من هذه الناحية فى باب الغصب، واعتبار السرقة لا ينافى اعتبار الغصب، يشهد لهذا اجتماع الموجبين: وجوب الرد والضمان وقطع اليد، وكذا يقال فى الحرابة.

والخلاصة: أنه لا شبهة لهؤلاء المتشبثين سوى أن مفهوم السرقة مغاير لمفهوم الغصب، وقد عولج مقتضى هذا المفهوم وما له من أحكام فى باب آخر. ونحن لا ننكر المغايرة، لكن مجرد ذلك لا يقتضى أنه ليس بغصب؛ بل الذى يقتضى ذلك أن

يكون مفهوم السرقة منافيًا لمفهوم الغصب؛ ألا ترى إلى الحيوان فإنه ينتظم الإنسان مع أن الإنسان مغاير له قطعًا؟! نعم الجماد لما كان منافيًا للحيوان لم ينتظم أحدهما الآخر.

على أن هذه الأمور قد ثبت لها ضمن أحكامها حكم الغصب فلا معنى لإخراجها عن تعريف الغصب؛ لما تقدم من أن الغرض من تنوع الموضوعات الفقهية وجعلها وحدات متمايزة إنما هو ضبط الأحكام بضبط تلك الموضوعات، فإذا كانت أحكام الغصب تلك الأمور فلا معنى لإخراجها عن حقيقة الغصب وموضوعه.

وقال المالكية: الغصب أخذ مال قهرًا تعديًا بلا حرابة[1].

قوله: أخذ مال، الأخذ الاستيلاء فيتناول الأخذ الحسى وهو وضع اليد على المال، والأخذ الحكمى: وهو الحيلولة بين المال وربه بدون وضع يده عليه، والأخذ مصدر مضاف للمفعول والفاعل محذوف، والتقدير: أخذ آدمى مالًا، ويشترط فى الآدمى أن يكون مسلمًا أو ذميًا سواء أكان بالغًا أم صبيًا؛ فلا تكون البهيمة غاصبة، وكذا الحربى؛ فإنه لا يضمن المغصوب فى القضاء، نعم المشهور فى الفتيا مخاطبته بفروع الشريعة.

وقوله مال، قيل: المال بظاهره يتناول المنافع وليس أخذها غصبًا بل تعديًا كسكنى دار وركوب دابة؛ فلا بد من زيادة قيد بأن يقال. أخذ مال غير منفعة. وأجيب بأن المتبادر من المال الذوات.

وقوله قهرًا، القهر الغلبة، وهو حال مقارنة فالمعتبر فى الغصب الغلبة حال الأخذ فيخرج الأخذ على وجه لا غلبة فيه أصلًا كالأخذ عارية أو سلفًا أو هبة أو غلبة؛ إذ لا قهر فيه لأن المال حينئذ بعد موت المالك وبعد الموت لا قهر فيه أو فيه غلبة لا حال الأخذ بل بعده كالسرقة.

وقوله «تعديًا»: الأخذ تعديًا هو الأخذ بغير حق فخرج الأخذ قهرًا بحق كأخذ الدين قهرًا من مدين مماطل أو من غاصب، والزكاة كرهًا من ممتنع، قيل: وخرج أيضًا أخذ الوالد الغنى قهرًا مال ولده، أو ولد ولده؛ إذ المراد بالتعدى الأخذ بغير حق بحيث لا شبهة للآخذ. وهنا الشبهة قائمة فى قوله ﷺ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ»

---

(١) ينظر مواهب الجليل (٥/ ٢٧٤)، حاشية الدسوقى (٣/ ٤٤٢).

وقوله صلى الله تعالى عليه وسلم: «خَيْرُ مَا يَمْلِكُ الإِنْسَانُ مِنْ كَسْبِهِ، وَوَلَدُهُ مِنْ كَسْبِهِ» وعلى هذا ابن رشد وابن عرفة والباجى وظاهر قول الإمام مالك أن ذلك غصب وارتضاه الزرقانى.

ومحل النزاع إذا لم يكن للأب والجد حاجة، أما إذا كان هناك حاجة فليس أخذهما حينئذ غصبًا.

ويمكن للإمام مالك أن يدفع الحديث الأول بأنه إنما يدل على أن للوالد حقًّا فى ولده وماله، لكن الحديث مطلق لا يتناول جميع الأوقات والأحوال فجاز أن يكون ذلك فى حال حاجة الوالد وعوزه فإنه حينئذ تجب نفقته على ولده وفى ماله.

والحديث الثانى: بأن إطلاق الكسب على الولد بعيد، بل كيف يكون الولد الحر مملوكًا لوالده كما يملك الكسب، كما هو صريح الحديث؟! نعم لا ينفذ فيه ما يستتبعه الغصب من الزواجر كالتأديب.

قوله: بلا حرابة، الحرابة أخذ المال على وجه يتعذر معه الفوت، وقد انتقد ابن عرفة هذا الجزء من التعريف بأن فيه التركيب.

وقالوا فى بيانه: التركيب توقف معرفة الحدود على معرفة حقيقة أخرى ليست أعم منه ولا أخص من أعمه، يريدون أن الذى يوجد فى التعريف إنما هو الجنس والفصل أو الخاصة؛ إذ المراد بالتعريف تمييز العرف عن جميع ما عداه وذلك إما بالذاتيات أو بالخاصة، ولا شك أن كلا منهما إما أعم من العرف أو أخص من ذلك الأعم، وإذن فأخذ ما ليس بجنس ولا فصل ولا خاصة فى التعريف ليس بجيد ولا حميد، ولا شك أن الحرابة ليست شيئًا من الثلاثة بل هى نوع مقابل للغصب، نظير ذلك: أن تأخذ فى تعريف الإنسان: حيوان ليس بحمار، فالحمار ليس جنسًا ولا فصلًا ولا خاصة للإنسان؛ بل هو نوع مقابل للإنسان فلا يصح أخذه فى تعريفه، كذلك لا يصح أخذ الحرابة فى تعريف الغصب، بل يؤخذ فى تعريفه قيد الحرابة وهو خوف القتال كما قاله ابن عرفة. نعم يرد عليهم أن النوع كالحرابة أخص من الأعم من المعرف وهو الأخذ؛ فالصواب أن يقال التركيب المحظور فى التعريف: توقف التعريف على حقيقة ليست جنسًا ولا فصلًا ولا خاصة للمعرّف، ولعله سمى هذا المحظور تركيبًا؛ لأخذ حقيقتين متقابلتين فى مفهومه.

والحنفية قالوا: الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة[١].

تعرض الزيلعى لتحقيق هذا التعريف فى ناحيتين: الأولى فى تكميله وتتميمه عليه، قوله: (فى مال متقوم محترم قابل للنقل بغير إذن مالكه).

وأقول هذه زيادة لا بد منها؛ لأن الإزالة إنما تكون عن شىء، وليس كل شىء تكون إزالة اليد عنه غصبًا بل لا بد أن يكون ذلك الشىء مالًا ومتقومًا ومحترمًا وقابلًا للنقل، فمثل العقار ومال الحربى فى دار الحرب، وخمر المسلم والمنفعة لا يجرى فيه الغصب الشرعى، كما قال الزيلعى نفسه.

الناحية الثانية: ما خرج من التعريف كنتيجة لاعتبار إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة فى مفهوم الغصب، قال بعد تمام التعريف: حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب إذا هلكت بغير تعد، لعدم إزالة يد المالك، ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما إذا غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه، وكذا لو حبس المالك عن ماشيته حتى ضاعت لا يضمن؛ لما ذكرنا ولعدم إثبات اليد المبطلة.

ذكر صورًا ثلاثًا ليست من الغصب ولا يصدق عليها تعريفه، أما الأولى فلعدم الإزالة لأن الزوائد لم تكن موجودة حين غصب الأصل، بل حدثت عند الغاصب فلم يكن للمالك يد عليها حتى تكون اليد المبطلة مزيلة لها.

وأما الثانية فلأن مجرد متابعة الولد للأم المغصوبة من غير أن يضع الغاصب يده عليه أو يصنع فيه صنعًا لا يكون إزالة لليد المحقة.

نعم لو صنع بالولد صنعًا ترتب عليه فرار الولد مع أمه التى وضع يده عليها بأن أغرى الولد بشىء من طعام الماشية كإمساك حزمة من البرسيم يلوح بها للحيوان فيتبعه، كان ذلك الصنع إزالة لليد المحقة عن الولد، وكان ذلك غصبًا، ومن هنا يتبين أمران:

الأول: أن اعتبار وضع اليد المبطلة فى الغصب إنما هو فى الجملة ولا يشترط أن يكون على نفس المغصوب، بل يكفى أن يضع الغاصب يده على شىء فتزول اليد المحقة عنه، ثم يصنع شيئًا فى تابع ذلك الشىء المغصوب بحيث يفر مع متبوعه عن

---

(١) ينظر بدائع الصنائع (٩/ ٤٤٠٣)، تبيين الحقائق للزيلعى (٥/ ٢٢٢).

اليد المحقة حتى يكون غاصبًا للتابع كما قررنا فى الأم وولدها.

الثانى: أنه لو صنع شيئًا غير وضع اليد بادئ بدء وقد ترتب على ذلك الصنع زوال اليد المحقة لم يكن هذا غصبًا؛ كما إذا أغرى الحيوان مثلًا بشىء من الطعام دون أن يمسك بمقوده فيتبعه.

وأما الثالثة: فالإخراج بيّن إذ لم يصنع بالماشية شيئًا بل لم يضع اليد المبطلة عليها فخروجها من وجهين كما قال الزيلعى: (وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن؛ لما ذكرنا أى لعدم الصنع ولعدم إثبات اليد المبطلة).

وقد أفاد هذا العطف أن الصنع غير إثبات اليد المبطلة.

فإن قيل: فما الفرق بين هذه الصور الثلاث وقد خرجت كلها بأخذ الإزالة فى تعريف الغصب؟

قلنا: الصورة الأولى: لا زوال فيها لليد المحقة كما لا إزالة فيها، أما الصورة الثانية: فلا إزالة فيها فحسب بل فيها زوال كالثالثة وقد امتازت بعدم وضع اليد المبطلة، أما الأوليان فقد تحقق وضع هذه اليد عليهما فى الجملة.

هذا وقد نوقش هذا التعريف من وجوه عدة:

فأولاً: لا حاجة لقوله بغير إذن مالكه بعد توصيف اليد بالمبطلة؛ فذكره فى التعريف مستدرك.

وثانيًا: أنه غير مانع لدخول السرقة فيه وليست بغصب فلا بد من زيادة قيد الجهر فى التعريف حتى تخرج السرقة بأن يقال: إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة جهارًا أو لا على سبيل الخفية... إلى آخره.

ورده صاحب الإيضاح والإصلاح وعبارته: فإن قلت أليس يصدق الحد المذكور على السرقة، قلت نعم إلا أن فى السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد فدخلت مسائلها باعتبار تلك الخصوصية فى الحدود، وذلك لا ينافى دخولها باعتبار أصلها فى الغصب كالشراء من الفضولى فإنه غصب مع أنه مذكور فى باب الفضولى من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صار من مسائلها، ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لإخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية، ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية.

وقد ناقش محشّى الهداية صاحب الإيضاح من نواح:

الأولى: أن السرقة بخصوصيتها التى كانت من جملة أسباب الحد داخلة فى التعريف المذكور: إذ لا منع لشىء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لا يخفى على ذى فطنة، وإنما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها أن لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية فإن من خصوصيتها أن تكون على سبيل الخفية كما تقرر فى كتابها. ولا شك أن قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية ينافى الصدق على ما كان على سبيل الخفية، فإذا كانت السرقة بخصوصيتها التى كانت من جملة أسباب الحد داخلة فى التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحًا لأن يكون حد الغصب فى الشرع؛ وإلا لزم أن تكون السرقة بخصوصيتها غصبًا شرعيًا، وليس كذلك لا محالة للقطع بتخالف حكمى السرقة والغصب فى الشرع فَلَغَا قوله، وذلك لا ينافى دخولها باعتبار أصلها كما لا يخفى.

أقول: يريد أن يقول إن السرقة من حيث أصلها ليست داخلة فى التعريف المذكور فحسب، بل داخلة فيه بحسب خصوصيتها وهو اعتبار الخفية فإن هذه الخصوصية لا تمنع من صدق التعريف المذكور عليها، وإذن فالتعريف غير مانع من دخول ما ليس من المحدود وهو السرقة بحسب خصوصيتها؛ فلا بد من قيد المجاهرة لتخرج السرقة كذلك حتى يكون التعريف مانعًا.

وأقول: لا نسلم أن السرقة من حيث خصوصيتها داخلة فى التعريف وما علل به - من أن هذه الخصوصية لا تمنع من الدخول - تعليل لا يفيد؛ فإن كون الشىء داخلًا من حيثية كذا أنه داخل بسبب هذه الحيثية وهذه الحيثية مقتضية لدخوله، ولا شك أن كون الحيثية ليس مانعًا لا يفيد أنها مقتضى، خذ مثلًا تعريف الحيوان وهو الجسم النامى الحساس المتحرك بالإرادة. هذا التعريف يتناول الإنسان والحمار، وفى الإنسان جزءان الحيوان والناطق ودخوله فى تعريف الحيوان ليس لأنه ناطق أو حيوان ناطق بل لأنه حيوان، فدخوله فى تعريف الحيوان وإن كان فيه جزء مغاير للحيوان، وهو الناطق ليس لذلك الجزء المغاير؛ بل لما فيه من الحيوان، غاية الأمر هذا الجزء المغاير لا يمنع من صدق تعريف الحيوان عليه، لكن مجرد ذلك لا يفيد أن الإنسان داخل فى تعريف الحيوان بسبب ذلك الجزء المغاير، وإلا لما دخل فيه ما

ينافى ذلك الجزء كالناهق فى الحمار، فالسرقة لم تدخل فى الغصب من جهة خصوصيتها بل من جهة أصلها وهو ما فيها من إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة. . . إلى آخره. ولا شك أنها بهذا القدر غصب ولها أحكام الغصب قطعًا، أما من جهة خصوصيتها فليست غصبًا من هذه الخصوصية وإن كانت هذه الخصوصية لا تنافى تحقق الغصبية فيها كما لا ينافى الناطق الذى هو جزء من الإنسان أنه حيوان ويصدق عليه تعريف الحيوان.

والخلاصة: أن السرقة فيها إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة فى مال متقوم محترم قابل للنقل، وهى بهذا القدر غصب ولها أحكامه، وهى من حيث هذا المعنى داخلة فى التعريف. وفيها اعتبار الخفية ولا دخل لهذا الاعتبار فى الغصبية بل هذا موجب للحد. هذا الاعتبار وإن لم يكن له دخل فى الغصبية لكن ليس بمناف لها فالسرقة فى أصلها غصب وداخلة فى التعريف من حيث هذا الأصل وليست داخلة باعتبار خصوصيتها كما تحققته؛ فالقول ما قال صاحب الإيضاح.

الناحية الثانية: ناقش محشى الهداية صاحب الإيضاح فى تنظيره بالشراء من الفضولى حيث قال: إنه غصب، مع أنه مذكور فى باب الفضولى من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها كان من مسائل البيوع - ناقش المحشى هذا التنظير بأنه تنظير فاسد؛ لأن مجرد الشراء من الفضولى ليس بغصب قطعًا. نعم الغصب إنما هو أخذ المشترى من يد الفضولى بغير إذن المالك وذلك ليس ببيع جزمًا وليس بمذكور فى كتاب البيوع أصلًا؛ إنما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولى.

وأقول: إما أن الشراء من الفضولى ليس بغصب بل الأخذ منه بلا إذن من المالك وليس بيعًا فنعم، وإما أن الشطر الأخير ليس بمذكور فى باب الفضولى فممنوع بل ذلك مذكور فيه فى نفس كتاب الهداية ونص فيها على أنه غصب، فهذا الأخذ المترتب على الشراء من الفضولى غصب قطعًا، وذكر فى باب الفضولى لخصوصية هذا الترتب، فمجرد ذكره فى باب الفضولى من كتاب البيوع لم يمنع أن يكون غصبًا بل هم ناطقون بغصبيته، ولعل صاحب الإيضاح يريد هذا، واقتصر على الشراء من الفضولى فى التنظير؛ لأنه الخصوصية التى سوغت ذكر هذه الصورة من الغصب فى باب الفضولى من كتاب البيوع.

الناحية الثالثة: اعترض صاحب الإيضاح على زيادة قيد المجاهرة بأنه يجعل

التعريف غير جامع؛ فإنه يخرج منه صورة من صور الغصب وهى ما إذا أخذ مالًا غير محرز على سبيل الخفية.

وقد أجاب محشى الهداية عن هذا بأن هذه الصورة فرضية لا يمكن أن تُحَقَّق، ونقض التعريف بعدم الجمع، وعدم المنع لا بد أن يكون بصورة محققة كما هو معروف عند أهل البحث والمناظرة، فإنهم قالوا: إن مادة النقض لا بد أن تكون محققة واقعية. وهذه الصورة لا يمكن أن تحقق؛ لأن نفى الإحراز مساوٍ لنفى الخفاء فلا يمكن أن يجتمع نفى الإحراز مع الخفاء.

قال صاحب الهداية فى فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقة: الحرز لا بد منه لأن الاستمرار لا يتحقق بدونه.

وأقول: مراد صاحب الإيضاح أن يضع المالك شيئًا من ماله فى غير حرزه كوضع ماشية أمام داره فى الطريق العام دون أن يكون عليها حارس فيأتى الغاصب يترصد الطريق وينتهز غفلة الناس عن هذه الماشية ويأخذها خلسة دون أن يراه أحد، وهنا تحقق أنه أخذها فى خفية ومختفيًا عن الأعين مع أنها غير محرزة؛ فقد أمكن أن يكون الشىء غير محرز وقد أخذه الغاصب خفية بعيدًا عن الأعين، وأما الاختفاء الذى يلازم الإحراز واستدل عليه بكلام صاحب الهداية فليس هو الاختفاء الذى ندعيه فى هذه الصورة وبجامع عدم الإحراز؛ بل المراد به أن يضع الشىء فى حرز بحيث يكون مُخفى لا تصل إليه العيون، أما فى صورتنا هذه فليس مُخفى بل هو فى مرأى من الناس وتحت أعينهم، غاية الأمر أن الغاصب انتهز فرصة غفلة الناس عنه وأخذه خلسة دون أن يراه أحد وهو ليس فى حرزه. فالصورة التى أوردها صاحب الإيراد نقضًا على التعريف صورة محققة، وليس فى كلام صاحب الهداية حجة لمحشى الهداية؛ لأن كل ما يفيده هذا الكلام أن الإحراز ملزوم للخفية فالخفية لازم، ولا شك أن الكلام قد تحقق مع انتفاء الملزوم فيصح أن يكون اختفاء ولا إحراز.

ولهم عبارتان أخريان فى تعريف الغصب:

إحداهما، وهى لشارح الهداية: أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده.

وهذا التعريف فى معنى التعريف الأول؛ فإن فيه إثبات اليد المبطلة من قوله أخذ

مال بغير إذن المالك وإزالة اليد المحقة من قوله على وجه يزيل يده، وفيه تعلق ذلك بالمال المتقوم المحترم كما هو ظاهر. غير أن هذا التعريف مؤاخذ بالتقييد بالمالك فإن من له حق الإذن قد يكون غير مالك كالوصى فى مال الصبى فكان الأولى أن يقال بغير إذن من له الإذن. نعم يمكن أن يقال المراد بالمالك، المالك حقيقة أو حكمًا.

الثانية: وهى للبدائع إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل فى المال.

وهذا التعريف يختلف عن التعريف الأول والثانى بأمور:

الأول: بإهماله قيد الاحترام فى المال وهو قيد لا بد منه.

الثانى: التنصيص دونهما على التقييد بالمجاهرة والمغالبة، وكأن صاحب البدائع اقتنع بخروج السرقة عن الغصب فزاد هذا القيد لإخراجها وقد علمت ما فيه.

الثالث: أنه لا يعتبر فى الغصب إزالة يد المالك بسبب خصوص وضع يد الغاصب بل الغصب الإزالة بفعل فى المال ولو كان بغير وضع يد. وقد علمت فى التعريف الأول أن وضع اليد لا بد منه فى الجملة وأنه يكتفى بالفعل فى المال، وإن لم يكن وضع يد إذا كان المغصوب تابعًا لمغصوب آخر وضع اليد عليه كما علمت فيما سبق فى مسألة الولد وأمه.

وقد علمت - أيضًا - أن الفعل فى المال والصنع به ليس هو وضع اليد بل أعم منه. فهذا التعريف يفيد أنه لو أغرى بهيمة بخلبة من البرسيم مثلًا فتبعته دون أن يمسك بزمامها، هذا التعريف يفيد أن مثل هذه الصورة غصب وإنما تكون غصبًا على التعريف الأول إن كان ذلك فى تابع لمغصوب وضع اليد عليه.

ويمكن أن يراد هاهنا بالفعل فى المال وضع اليد عليه غير أنك قد علمت فيما سبق أن الأول أعم.

وقد أورد بعض الكاتبين على اعتبار الصنع فى الغصب أنه لو غصب عجلًا فاستهلكه حتى يبس لبن أمه قال البلخى: يضمن قيمة العجل ونقصان الأم وإن لم يفعل بالأم شيئًا.

ورد هذا الاعتراض بأنه لا غصب بالقياس إلى الأم بل ذلك ضمان إتلاف.

وبعد فهذه التعاريف الثلاثة كما نرى تعتبر فى الغصب الفعل فى المال، وهذا

رأى أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى. أما محمد - رضى الله تعالى عنه - فلا يعتبر الفعل فى المال فى الغصب بل يتحقق بمجرد إزالة يد المالك وإن لم يكن هناك فعل فى المال.

والحنابلة قالوا الغصب هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق(١).

وزاد فى الشرح الكبير القهر فقال: هو الاستيلاء على مال الغير قهرًا بغير حق ولم يتعرضوا فيما بين أيدينا من كتب الحنابلة لشرح التعريف، ونحن على ضوء ما سبق من التعريفات وما سيأتى من قواعدهم نستطيع أن نقول فى شرحه:

آثر الاستيلاء على الأخذ لأن الاستيلاء أعم من الأخذ فيتناول ما فيه أخذ كنقله الدابة من دار مالكها، وما ليس فيه أخذ بل استيلاء فحسب كجلوسه على البساط، ومرجع ذلك إلى العرف كما سبق عن الشافعية.

وقد تخالف المذهبان فى بعض صور: أهى استيلاء وغصب أم لا؟ كدخوله الدار بغير إذن صاحبها، ولم يكن فيها سواء قصد الاستيلاء أو ظن أنها داره أو دار أُذِنَ له فى دخولها، فإن الشافعية يرون هذا استيلاء وغصبًا دون الحنابلة، فالخلاف بينهم ليس فى المبدأ بل فى ما صدقات هذا المبدأ كما اختلف الشافعية أنفسهم هذا الاختلاف.

قوله: على مال الغير، يرى الحنابلة أن المنافع ومثل الكلب الذى يجوز الانتفاع به، وكذا خمر الذمى - مما يقع الغصب والضمان فيه فالتقييد بالمال قاصر. فالظاهر أن يقال الاستيلاء على حق الغير. وقد يقال: المراد بالمال المال حقيقة أو ما يشبهه من حيث جواز الانتفاع به فيدخل فيه المنفعة وهو ظاهر، بل المنفعة مال بلا تأويل ويدخل فيه نحو الكلب النافع لأنه يشبه المال من حيث الانتفاع به.

وهذا التأويل ألمح إليه الشارح عند قول المصنف: مسألة (وإذا غصب كلبًا فيه نفع أو خمر ذمى لزمه ردهما) قال الشارح: إذا غصب كلبًا يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال فهذا صريح فى أن المراد بالمال المال حقيقة أو حكمًا ورغم هذا فالأظهر أن يعبر بحق الغير.

قوله: بغير حق، دخل فيه ما إذا أخذ مال غيره يظنه ماله، وخرج به نحو العارية

---

(١) ينظر: المغنى (٥/٢٣٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/٣٩٩).

والضيافة.

إلى هنا انتهى التعريف ولا يخفى أنه يتناول ما أخذ من حرز مثله خفية وهو السرقة، أو مجاهرة وهو الحرابة والانتهاب، أو اعتمادًا على الهرب وهو الاختلاس، أو ما جحد وقد كان أمانة وهو الخيانة، أو ما قبض ببيع فاسد.

وبعضهم أخرج السرقة بقيد القهر، كما سبقت الإشارة إليه، وقد علمت فى التعريفات السابقة ما فيه الكفاية فى هذا المقام[١].

قوله: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»[٢] أراد: إن أموال بعضكم حرام على بعض، وليس على ظاهره.

وقوله: «كحرمة يومكم هذا» الحرمة: ما لا يحل انتهاكه.

«يومكم هذا» يعنى: يوم عرفة؛ لأنه قال ذلك فى حجة الوداع.

«فى شهركم هذا» يعنى: شهر ذى الحجة.

«فى بلدكم هذا» يعنى: مكة والحَرَم.

الأحكام: الغَصْبُ: محرَّم؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، والغصْبُ خارجٌ عن ذلك.

وروى أبو بكرة - رضى الله عنه - قال: خَطَبَنَا رَسُولُ الله ﷺ فقال: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِى شَهْرِكُمْ هَذَا، فِى بَلَدِكُمْ هَذَا». يعنى: بعرفة، اليوم التاسع من ذى الحجة، ومعناه: دماء بعضهم على بعض، وأموال بعضهم على بعض.

وروى أبو حُمَيْد الساعدىُّ - رضى الله عنه - أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: «لَا يَحِلُّ لامْرِىءٍ مُسْلِمٍ أَنْ يَأْخُذَ مَالَ أَخِيهِ بِغَيْرِ طِيبِ نَفْسٍ».

فصل: ومن غصَبَ مَالَ غيرِهِ، وهو من أهلِ الضمان فى حقِّه - ضمنه؛ لما روى سمرة أظنه ابن جندب - رضى الله عنه - أن النبىَّ ﷺ قال: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّىَ» وفى بعضها: «تُؤَدِّيَهُ».

وفى قوله: «وهو من أهل الضمان فى حقه»: احترازٌ من العبد إذا غصَبَ مالَ

(١) ينظر: د/ الحسينى الشيخ فى مقارنات فى بحوث من الغصب.
(٢) ينظر النظم (٢/ ٢٠، ٢١).

سيِّده؛ فإنه يأثم بالغَصْب، ويجبُ عليه رده إليه، ولا يكون مضمونًا عليه.

فصل: وسواءٌ فى ذلك العقارُ وغيرُهُ؛ وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة: العقار لا يضمنُ بالغصب، وروى عن أحمد أنه قال: إذا عوّق الأرض بِفِعْله، ضمن.

دليلنا: قوله ﷺ: «مَنْ غَصَبَ شِبْرًا مِنْ أَرْضٍ طَوَّقَهُ الله تَعَالَى مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ»(١).

---

(١) هذا الحديث ورد عن سعيد بن زيد وعائشة وأبى هريرة وابن عمر وسعد بن أبى وقاص، يعلى بن مرة والمسور بن محزمة وشداد بن أوس والحكم بن الحارث السلمى وأبى شريح الخزاعى وابن مسعود وابن عباس وأنس بن مالك وأبى مالك الأشعرى

حديث سعيد بن زيد ورد عنه من طرق:

١- طريق عروة بن الزبير:

أخرجه البخارى (٦/ ٤٣٤) كتاب بدء الخلق باب ما جاء فى سبع أرضين (٣١٩٨) ومسلم (٣/ ١٢٣١) كتاب المساقاة باب تحريم الظلم . . . (١٣٩/ ١٦١٠)

وأحمد (١/ ١٨٨) وأبو يعلى فى المسند (٢/ ٢٥٠) (٩٥٢) (٢/ ٢٥٥) (٩٦٢) من طرق عن هشام بن عروة عنه.

٢- طريق عبد الرحمن بن عمرو بن سهل:

أخرجه البخارى (٥/ ٣٩٣) كتاب المظالم باب إثم من ظلم شيئا من الأرض (٢٤٥٢) وأحمد (١/ ١٨٨، ١٨٩) وعبد بن حميد (١٠٥)، والدارمى (٢/ ٦٧) كتاب البيوع باب من أخذ شبرا من الأرض، والترمذى (٣/ ٨٥) أبواب الديات باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد (١٤١٨)، وأبو يعلى (٢/ ٢٥٢) (٩٥٦)، وابن حبان (٣١٩٥ - الإحسان)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ٩٨) من طرق عن الزهرى عن طلحة بن عبد الله بن عوف عنه.

٣- طريق عباس بن سهل بن سعد الساعدى:

أخرجه مسلم (٣/ ١٢٣٠) كتاب المساقاة باب تحريم الظلم . . (١٣٧/ ١٦١٠)، وأبو يعلى (٩٥٩) من طرق عن العلاء بن عبد الرحمن عنه

٤- طريق محمد بن زيد:

أخرجه مسلم (٣/ ١٢٣٠) (١٣٨/ ١٦١٠)، وأبو يعلى (٩٥١) من طريق عبد الله بن وهب عن عمر بن محمد عنه.

٥- طريق أبو سلمة:

أخرجه أحمد (١/ ١٨٨، ١٩٠) وأبو يعلى (٩٥٥) والطيالسى (١/ ٢٧٧) (١٣٩٩)

٦- طريق طلحة بن عبد الله بن عوف:

أخرجه الطحاوى فى شرح المشكل (٦١٣٩)، (٦١٤٣)، (٦١٤٤)، وأبو يعلى (٩٤٩)، (٩٥٣) وابن حبان (٤٧٩٠ - الإحسان).

من طريق الزهرى عنه.

=

....

= ٧- طريق عبد الله بن عمر:
أخرجه أبو يعلى (٩٥٤)، وأبو نعيم فى الحلية (١/ ٩٦) من طريق عبد الله بن عمر العمرى عن نافع عنه.
٨- طريق أبو بكر بن محمد بن عمر بن حزم:
أخرجه أبو نعيم فى الحلية (١/ ٩٧)
-حديث عائشة
أخرجه البخارى (٥/ ٣٩٣) كتاب المظالم باب إثم من ظلم شيئا من الأرض (٢٤٥٣)، وفى (٦/ ٤٣٣، ٤٣٤) كتاب بدء الخلق باب ما جاء فى سبع أرضين (٣١٩٥)، ومسلم (٣/ ١٢٣١، ١٢٣٢) كتاب المساقاة باب تحريم الظلم . . . (١٤٢/ ١٦١٢)، وأحمد (٦/ ٧٩)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ٩٨) من طرق عن يحيى بن أبى كثير عن محمد ابن إبراهيم عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عنها
وأخرجه أحمد (٦/ ٦٤، ٢٥٩) من طريقين عن أبان العطار عن يحيى عن أبى سلمة عنها، وليس فيه (محمد بن إبراهيم) .
حديث أبى هريرة:
أخرجه مسلم (٣/ ١٢٣١) (١٤١/ ١٦١١) وأحمد (٢/ ٣٨٨) من طريقين عن سهيل بن أبى صالح عن أبيه عنه.
وأخرجه أحمد (٢/ ٣٨٧) من طريق عمرو بن أبى سلمة عن أبيه عنه وأخرجه أحمد (٢/ ٤٣٢)، والطبرانى فى الأوسط (٦/ ٢١٦) (٦٢٢٦).
من طريقين عن عجلان عنه.
وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٤/ ١٧٨) وقال: - رواه أحمد بإسنادين ورجال أحدهما رجال الصحيح ورواه الطبرانى فى الأوسط .
حديث عبد الله بن عمر:
أخرجه البخارى (٥/ ٣٩٣) كتاب المظالم باب إثم من ظلم شيئا من الأرض (٢٤٥٤) وفى (٦/ ٤٣٤) كتاب بدء الخلق باب ما جاء فى سبع أرضين (٣١٩٦)، وأحمد (٢/ ٩٩) من طرق عن عبد الله بن المبارك عن موسى بن عقبة عن سالم بن عبد الله عنه.
حديث سعد بن أبى وقاص:
أخرجه الطبرانى فى الأوسط (٥/ ٢٢٣، ٢٢٤) (٥١٤٩)، والبزار (١٣٧٤ - كشف الأستار) من طريق حاتم بن إسماعيل عن حمزة بن أبى محمد عن بجاد بن موسى بن سعد عن عامر بن سعد عنه.
وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد (٤/ ١٧٨) -:
رواه أبو يعلى والبزار والطبرانى فى الأوسط وفيه حمزة بن أبى محمد ضعفه أبو حاتم وأبو زرعة وحسن الترمذى حديثه.
حديث يعلى بن مرة:
أخرجه أحمد والطبرانى فى الكبير والصغير بنحوه عنه كما فى مجمع الزوائد (٤/ ١٧٨) بلفظ «أيما رجل ظلم شبرا من الأرض كلفه الله عز وجل أن يحفره حتى يبلغ سبع أرضين ثم =

. . . .

= يطوقه إلى يوم القيامة حتى يقضى بين الناس» وقال: ورجال بعضها رجال الصحيح وعزاه أيضا لأحمد والطبراني في الكبير عنه بلفظ «من أخذ أرضا بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر» وله عند الطبراني بلفظ «من ظلم من الأرض شبرا كلف أن يحمله حتى يبلغ الماء ثم يحمله إلى المحشر» وقال: وفيه جابر الجعفي وهو ضعيف وقد وثقه .

حديث المسور بن مخرمة:

أخرجه الطبراني في الكبير (٢٠/ ٢٦) (٣١) والعقيلي في الضعفاء الكبير (٣/ ٢٩٧) في ترجمة عمران بن أبان الواسطي وقال وهذا يروى من غير هذا الوجه بأسانيد جياد.

وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٧٩): -

رواه الطبراني في الكبير وفيه عمران بن أبان الواسطي وثقه ابن حبان وضعفه جماعة.

-حديث شداد بن أوس

أخرجه الطبراني في الكبير (٧/ ٣٥٠) (٧١٧٠)

وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٧٩): -

رواه الطبراني في الكبير، وفيه قزعة بن سويد، وثقه ابن عدي وغيره، وضعفه أحمد وجماعة

- حديث الحكم بن الحارث:

أخرجه الطبراني في الكبير (٣/ ٢٤١) (٣١٧٢)

وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٧٩): -

رواه الطبراني في الكبير والصغير وفيه محمد بن عقبة الدوسي وثقه ابن حبان وضعفه أبو حاتم وتركه أبو زرعة.

- حديث أبي شريح الخزاعي: -

أخرجه الطبراني في الكبير (٢٢/ ١٨٩) (٤٩٣)

وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٧٩): -

رواه الطبراني في الكبير وفيه عبد الله بن شبيب وهو ضعيف جدا.

- حديث عبد الله بن مسعود

أخرجه أحمد (١/ ٣٩٦، ٣٩٧)

وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٧٨): -

رواه أحمد والطبراني في الكبير وإسناد أحمد حسن.

- حديث عبد الله بن عباس:

أخرجه الطبراني في الكبير (١٢/ ٢١١، ٢١٢) (١٢٩٢١)

وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٧٨): -

رواه الطبراني في الكبير وفيه محمد بن الفضل بن عطية وهو متروك كذاب.

- حديث أنس بن مالك:

أخرجه الطبراني في الأوسط (٥/ ٣٤٩) (٥٥١٩).

وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٧٩): -

رواه الطبراني في الأوسط وفيه إسماعيل بن مسلم المكي وهو ضعيف.

- حديث أبي مالك الأشعري: =

ولأنه مال؛ فجاز أن يضمن بالغصب؛ كالمنقول. ولأنَّ الغصب: أخذ مال الغير، والاستيلاء عليه بغير حقٍّ؛ وذلك موجود فى العقار؛ ولهذا قال - عليه السلام -: «مَنْ غَصَبَ شِبْرًا مِنْ أَرْضٍ طَوَّقَهُ الله تَعَالَى مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ» ؛ فوجب أن يضمن.

قالوا: الغصبُ لا يكونُ إلا بالنقل؛ ولهذا لو جلس على بساط رجُلٍ بغير إذنه، لم يصرْ غاصبًا؛ والنقل لا يوجد فى العقار، وإنما يوجد منع المالك منه، فلم يصرْ غاصبًا؛ كما لو حبس الرجل عن ماله، ومنعه من الانتفاعِ به، أو حبس الراعِىَ عن غنمٍ، فأتلفها الذئب.

قلنا: لا نسلِّم أن الغصب هو النقل؛ بل الغصب: ما قلناه؛ ولهذا لا يضمنُ سمن الجارية عندنا إذَا طالبَهُ بالردِّ، وإن لم ينقل السمن.

ولو منع المودع الوديعة، أو جحدها، صار غاصبًا، وإنْ لم ينقلْ، ولا نسلِّم فى البساط ذلك؛ فإنه يضمنه، ويخالف منع المالك مِنْ ماله، والراعى من الرعى، فإنَّ هناك لم تثبت يده على المال، وإنَّما منعه من التصرف فيه، ولهذا لو باعه المالكُ لَصَحَّ بيعه، ويطالب بالإفراج عن المالك دون المالِ، وهاهنا ثبتت يده على المال؛ ولهذا لا يجوزُ للمالك بيعه، ويطالب برفع يده عن المالِ، ولأنه فرق بين حبس المال وحبس الدار؛ ألا ترى أن المشترى لو حَبَسَ البائعَ عن الدار المبيعةِ، لم يصر قابضًا لها، ولو حبس الدار، صار قابضًا.

قالوا: لو دخَلَ دار غيره، وجلس فيها، وامتنع من الخروجِ منها، لم يكنْ ضامنًا.

قلنا: إن كان صاحب الدار فيها، فلا يضمنها؛ لأنَّ يد صاحبها عليها؛ كما لو أخذ بزمام البعير وصاحبه عليه، وقاد به، لم يكنْ ضامنًا له؛ لأجْلِ ذلك، وإن لم يكنْ صاحب الدار فيها، ضمنها بذلك؛ فكانا سواء.

فصل: وإن كان للمغصوب منفعة تستباح بالإجارةِ، فأقام فى يد الغاصبِ مدَّة لمثلها أجرة، ضمن الأجرة، سواءً انتفع به أو لم ينتفع.

وفى قوله: «تستباح بالإجارة»: احترازٌ من منفعة بُضْع الجارية المغصوبة على ما يأتى بيانه؛ وبه قال أحمد.

= أخرجه أحمد (٤/ ٢٠٢)، (٥/ ٣٤١، ٣٤٤)
وقال الهيثمى فى المجمع (٤/ ١٧٨): رواه أحمد والطبرانى فى الكبير وإسناده حسن.

وقال أبو حنيفة[١] : لا يضمنها؛ وبه قال بعضُ أصحاب مالك.

دليلنا: هو أنه يطلبُ بدلها بعقد المغابنةِ؛ فضمنتْ بالغصب؛ كالأعيان، ولأن ما ضمن بالمسمى فى العقد الصحيح، جاز أن يضمن مِنْ غير عقدٍ ولا شبهة عَقْد؛ كالأعيان، ولأن ما ضمن بالإتلافِ فى العقدِ الصحيح، جاز أنْ يضمن بمجرَّد الإتلافِ؛ كالأعيان، ولأنَّ ما زاد قيمة العين بزيادتِهِ، ضمن بمجرَّد الإتلاف؛ كالأطراف، ولأنَّ المنافع أموالٌ؛ بدليل أنَّها تملك بالعقود، وبالإرْثِ، وبالوصيَّة، ويملك العبد بإجارتها بالإذنِ فى التجارة عندهم، ولا يجوز أن يثبت الحيوان المجهول فى الذمَّة بدلًا عنها، ولو لم تكنْ مالًا، لجاز على قولهم أنْ يكون الحيوانُ المجهولُ فى الذمَّة بدلًا عنها فوجبَ أن يضمن بالغصب؛ كسائر الأموال.

فإن قيل: لو كانت كالأموال، لحبس بها؛ لأجل الغرماء.

قلنا: إنما لم يحبسْ بها؛ لأنه لا يمكنُ صرفها إليهم فى الحال؛ فهو كالكسوة والقوت.

قالوا: منفعة؛ فأشبه منفعة البضع، ومنفعة الحر.

قلنا: يجوز أن يضمن منفعة، ولا يضمن منفعة؛ كما يضمن مال ولا يضمن مال، وهو أم الولد عندهم، ثم منفعة البضع ليست بمال؛ فهى كالحر؛ ولهذا لا تملك بالإرثِ والوصيَّة، ولا يملك العبد العقد عليها بالإذنِ فى التجارةِ، ويجوز عندهم أنْ يثبتَ الحيوان فى الذمَّة بدلًا عنها؛ بخلاف منافعِ المالِ، ولأنَّ الوطْءَ لا يتلفُ بمضىِّ الزمان؛ لأنه لا يتقدَّر به، ومنفعة المال تتلفُ بمضىِّ الزمان؛ لأنه يتقدَّر به، ولأنَّ

---

(١) قال فى فتح القدير (٣٥٤/٩): قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) . . . ولا فرق بين ما إذا عطلها أو سكنها . وقال مالك: إن سكنها يجب أجر المثل، وإن عطلها لا شيء عليه . له: أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود؛ فكذا بالغصوب . ولنا: أنها حصلت على ملك الغاصب؛ لحدوثها فى إمكانه إذ هى لم تكن حادثة فى يد المالك؛ لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته، والإنسان لا يضمن ملكه، كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإتلافها؛ لأنه لا بقاء لها، ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان؟! وقد عرفت هذه المآخذ فى المختلف، ولا نسلم أنها متقومة فى ذاتها، بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد، إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه؛ لاستهلاكه بعض أجزاء العين .

منفعة البضع لا يمكنُ تقويمها وتقديرها، وسائرُ المنافعِ يمكنُ تقويمها، وأمَّا منفعة الحر: فلا نسلم ذلك فى أحد الوجهين ثم منفعة الحر بتلفِ تحت يده، لا يد للغاصب عليها؛ فلا تضمنُ من غير إتلاف؛ كأطرافه وثيابه، ومنفعة العبد تحتَ يد الغاصبِ، فضمنها بالغصب؛ كأطرافه وثيابه.

قالوا: منفعة استوفاها مِنْ غير عقد، ولا شبهة مالك؛ فلا تضمن؛ كما لو زنى بها.

قلنا: المنفعة كالعين فى أسباب الضمان، وتزيد عليها؛ فإنَّ الأعيانَ لا تراد للمنافعِ؛ ولهذا يزداد عوضها بالمنافعِ، ويجبُ فى منفعة اليد بالشَّلل الدية على الجانى، وفى عينها الحكومة، ثمَّ يضمن العين مِنْ غير عقد، ولا شبهة، فالمنفعة بذلك أَوْلَى، ويخالف إذا زنى بها، فإنَّ هناك رضيتْ بإسقاط حقِّها من غير بذلٍ؛ فهو كما لو قطع أطرافه بإذْنِهِ، وهنا أتلَفَ عليه ذلك بغَيْر رضاه؛ فهو كما لو قطع أطرافه بغير رضاه.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) فإن كان المغصوب باقيًا، لزمه رده، لما روى عبد الله بن السائب بن يزيد، عن أبيه، عن جده: أن النبى ﷺ قال: «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه، لاعبًا أو جادًا، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه، فليردها» فإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين الرد، لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته.

وقال أبو ثورٍ من أصحابنا: يضمن، كما يضمن زيادة العين، وهذا خطأ؛ لأن الغاصب يضمن ما غصب، والقيمة لا تدخل فى الغصب؛ لأنه لا حق للمغصوب منه فى القيمة مع بقاء العين، وإنما حقه فى العين، والعين باقية كما كانت، فلم يلزمه شىء.

(فصل) وإن تلف فى يد الغاصب، أو أتلفه؛ لم يخل إما أن يكون له مثل، أو لا مثل له، فإن لم يكن له مثل؛ نظرت: فإن كان من غير جنس الأثمان؛ كالثياب، والحيوان - ضمنه بالقيمة؛ لما روى ابن عمر - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «من أعتق شركًا له فى عبدٍ فإن كان معه ما يبلغ ثمن العبد، قوم عليه وأعطى شركاؤه حصصهم، وعتق عليه العبد» وإلا فقد عتق عليه ما عتق، فأوجب القيمة فى العبد

بالإتلاف بالعتق، ولأن إيجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن؛ لاختلاف الجنس الواحد فى القيمة، فكانت القيمة أقرب إلى إيفاء حقه.

وإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف، ضمنها بأكثر ما كانت؛ لأنه غاصب فى الحال التى زادت فيها قيمته، فلزمه ضمان قيمته فيها؛ كالحالة التى غصبه فيها، وتجب القيمة من نقد البلد الذى تلفت العين فيه؛ لأنه موضع الضمان، فوجبت القيمة من نقده.

وإن كان من جنس الأثمان، نظرت: فإن لم يكن فيه صنعة؛ كالسبيكة والنقرة، فإن كان نقد البلد من غير جنسه، أو من جنسه ولكن لا تزيد قيمته على وزنه؛ ضمن بالقيمة؛ لأن تضمينه بالقيمة لا يؤدى إلى الربا فضمن بالقيمة، كما قلنا فى غير الأثمان.

وإن كان نقد البلد من جنسه، وإذا قوم به زادت قيمته على وزنه؛ قوم بجنسٍ آخر، حتى لا يؤدى إلى الربا.

وإن كانت فيه صنعة، نظرت: فإن كانت صنعةً محرمةً؛ ضمن، كما تضمن السبيكة والنقرة؛ لأن الصنعة لا قيمة لها فكان وجودها كعدمها، وإن كانت صنعةً مباحةً، فإن كان النقد من غير جنسه، أو من جنسه، ولكنه لا تزيد قيمته على وزنه، ضمنه بقيمته؛ لأنه لا يؤدى إلى الربا، وإن كان النقد من جنسه ونوعه، وتزيد قيمته على وزنه، ففيه وجهان:

أحدهما: يقوم بجنسٍ آخر، حتى لا يؤدى إلى الربا.

والثانى: أنه يضمنه بقيمته من جنسه بالغةً ما بلغت - وهو الصحيح - لأن الزيادة على الوزن فى مقابلة الصنعة، فلا تؤدى إلى الربا؛ وإن كان مخلوطًا من الذهب والفضة، قومه بما شاء منهما.

(الشرح) أما حديث: «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعبًا أو جادًّا فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها».

أخرجه أبو داود[١]، والترمذى[٢]، والبخارى فى المفرد[٣]، وأحمد[٤]،

(١) ٧١٩/٢ كتاب الأدب باب من يأخذ الشىء على المزاح (٥٠٠٣).
(٢) ٤٠٢/٤ كتاب الفتن باب لا يحل لمسلم أن يروع مسلما (٢١٦٠).
(٣) رقم (٢٤١).
(٤) ٢٢١/٤.

والدولابى فى الكنى[١] ، والبيهقى[٢] ، والبغوى فى شرح السنة[٣] ، كلهم من طريق ابن أبى ذئب عن عبد الله بن السائب بن يزيد، عن أبيه، عن جده مرفوعا.

وقال الترمذى: هذا حديث حسن غريب، لا نعرفه إلا من حديث ابن أبى ذئب، والسائب بن يزيد له صحبة قد سمع من النبى ﷺ أحاديث وهو غلام وقبض النبى ﷺ وهو ابن سبع سنين ووالده يزيد بن السائب له أحاديث، هو من أصحاب النبى ﷺ وقد روى عن النبى ﷺ والسائب بن يزيد هو ابن أخت نمر. ا. هـ.

وأما حديث «من أعتق شركا له فى عبد......» أخرجه مالك[٤] ، ومن طريق مالك أخرجه الشافعى فى مسنده[٥] ، والبخارى[٦] ، ومسلم[٧] ، وأبو داود[٨] ، وابن ماجه[٩] ، وابن الجارود فى المنتقى[١٠] ، وأبو يعلى[١١] ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[١٢] ، وأحمد[١٣] ، والبيهقى[١٤] ، وأبو نعيم فى الحلية[١٥] ، كلهم من طريق نافع عن ابن عمر؛ أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركا فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة العدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق».

وقد اختلف فى زيادة «فقد عتق منه ما عتق» هل هى من قوله ﷺ أم هى من قول نافع. وقد رواه بعضهم عن نافع عن ابن عمر بهذه الزيادة من قول النبى ﷺ،

---

(١) ٢/ ١٤٥ .
(٢) ٦/ ٩٢ كتاب الغصب باب تحريم الغصب.
(٣) ٥/ ٤٤٩ .
(٤) ٢/ ٧٧٢ كتاب العتق باب من أعتق شركاء له (١) .
(٥) ٢/ ٦٦ كتاب العتق باب ما جاء فى العتق وحق المملوك (١٧) .
(٦) ٥/ ١٥١ كتاب العتق باب إذا أعتق عبدًا بين اثنين (٢٢٢) .
(٧) ٢/ ١١٣٩ كتاب العتق (١/ ١٥٠١) .
(٨) ٤/ ٢٥٦ كتاب العتق باب من روى أنه لا يستسعى (٣٩٤٠) .
(٩) ٢/ ٨٤٤ كتاب العتق باب من أعتق شركًا له فى عبد (٢٥٢٨) .
(١٠) حديث (٩٧٠) .
(١١) ١٠/ ١٧٧ (٥٨٠٢) .
(١٢) ٣/ ١٠٦ كتاب العتاق باب العبد يكون بين الرجلين فيعتقه .
(١٣) ٢/ ١١٢، ١٥٦ .
(١٤) ١٠/ ٢٧٤ كتاب العتق باب من أعتق شركًا فى عبد وهو موسر .
(١٥) ٩/ ١٦٠ .

كمالك، وجرير بن حازم، وعبيد الله بن عمر، وإسماعيل بن أمية.

أما رواية مالك فقد تقدمت، وهى الرواية السابقة.

وأما رواية جرير بن حازم:

فأخرجها مسلم[١]، وأحمد[٢]، والبيهقى[٣]، كلهم من طريق جرير بن حازم عن نافع عن ابن عمر به بلفظ: «من أعتق نصيبا له فى عبد، فكان له من المال قدر ما يبلغ قيمته، قوم عليه قيمة عدل، وإلا فقد عتق منه ما عتق».

وأما رواية عبيد الله بن عمر:

فأخرجها البخارى[٤]، ومسلم[٥]، وأبو داود[٦]، وأحمد[٧]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[٨]، والدارقطنى[٩]، والبيهقى[١٠]، كلهم من طريق عبيد الله ابن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعتق شركا له فى مملوك فعليه عتقه كله إن كان له مال يبلغ ثمنه، فإن لم يكن له مال يقوم عليه قيمة عدل على المعتق، فأعتق منه ما أعتق» هذا لفظ البخارى.

وأما رواية إسماعيل بن أمية:

فأخرجها الدارقطنى[١١]، من طريق إسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر؛ أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركا له فى عبد أقيم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه، وعتق عليه العبد إن كان موسرًا، وإلا عتق منه ما عتق، ورق ما بقى».

ومن هذه الروايات نجد أنه قد اتفق على رواية هذا الحديث بزيادة: «وإلا عتق منه ما عتق» كل من مالك، وجرير بن حازم، وعبيد الله بن عمر، وإسماعيل بن أمية.

---

(١) ٢/ ١٢٨٦ كتاب الايمان باب من أعتق شركا له فى عبد (٤٩/ ١٥٠١).
(٢) ٢/ ١٠٥.
(٣) ١٠/ ٢٧٩ كتاب العتق باب من أعتق شركا فى عبد وهو معسر.
(٤) ٥/ ١٥١ كتاب العتق باب إذا أعتق عبد بين اثنين (٢٥٢٣).
(٥) ٣/ ١٢٨٦ كتاب الايمان باب من أعتق شركا (٤٨/ ١٠٥١).
(٦) ٤/ ٢٥٧ كتاب العتق باب من روى أنه لا يستسعى (٣٩٤٣).
(٧) ٢/ ١٤٢.
(٨) ٣/ ١٠٦.
(٩) ٤/ ١٢٣ - ١٢٤ كتاب المكاتب (٧).
(١٠) ١٠/ ٢٨٠ كتاب العتق باب من أعتق شركا له.
(١١) ٤/ ١٢٣ - ١٢٤ كتاب المكاتب (٧).

وقد رواه بعضهم عن نافع عن ابن عمر بدون هذه الزيادة وهم جويرية بن أسماء، ومحمد بن إسحاق، والليث بن سعد، وموسى بن عقبة، وابن أبى ذئب، وصخر بن جويرية، والزهرى، وأسامة بن زيد، وهشام بن سعد.

رواية جويرية بن أسماء:

أخرجه البخارى[١] ، وأبو داود[٢] ، والبيهقى[٣] ، من طريق جويرية بن أسماء.

رواية محمد بن إسحاق:

أخرجها الطحاوى فى شرح معانى الآثار[٤] ، من طريق محمد بن إسحاق.

رواية الليث بن سعد:

أخرجها مسلم[٥] ، وأحمد[٦] ، والبيهقى[٧] ، من طريق الليث بن سعد.

رواية موسى بن عقبة:

أخرجها البخارى[٨] ، والبيهقى[٩] ، من طريق موسى بن عقبة.

رواية ابن أبى ذئب:

أخرجها مسلم[١٠] ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[١١] ، والبيهقى[١٢] ، كلهم من طريق ابن أبى ذئب.

رواية صخر بن جويرية:

أخرجها الدارقطنى[١٣] ، والطحاوى[١٤] ، من طريق صخر.

---

(١) ٥/١٣٧ كتاب الشركة باب الشركة فى الرقيق (٢٥٠٣) .
(٢) ٤/٢٥٧ كتاب العتق باب من روى أنه لا يستسعى (٣٩٤٥) .
(٣) ١٠/٢٧٧ كتاب العتق باب يعتق بالقول ويدفع بالقيمة .
(٤) ٣/١٠٥ كتاب العتاق باب العبد يكون بين الرجلين .
(٥) ٣/١٢٨٦ كتاب الايمان باب من أعتق شركا له (٤٩/١٥٠١) .
(٦) ٢/١٥٦ .
(٧) ١٠/٢٧٥ كتاب العتق باب من أعتق شركا له فى عبد .
(٨) ٥/١٥١ كتاب العتق باب إذا أعتق عبد بين اثنين (٢٥٢٥) .
(٩) ١٠/٢٧٥ كتاب العتق باب من أعتق شركا له فى عبد .
(١٠) ٣/١٢٨٦ كتاب الإيمان باب من أعتق شركا له فى عبد .
(١١) ٣/١٠٦ كتاب العتاق باب العبد يكون بين رجلين فيعتقه أحدهما .
(١٢) ١٠/١٧٥ كتاب العتق باب من أعتق شركا له فى عبد وهو موسر .
(١٣) ٤/١٢٩ كتاب المكاتب (١٣) .
(١٤) ٣/١٠٦ كتاب العتاق باب العبد يكون بين رجلين فيعتقه .

رواية الزهرى:

أخرجها الدارقطنى[١] ، من طريق الزهرى.

رواية أسامة بن زيد:

أخرجها مسلم[٢] ، والبيهقى[٣] ، من طريق أسامة بن زيد

رواية هشام بن سعد:

أخرجها البيهقى[٤] ، من طريق هشام بن سعد، كلهم عن نافع عن ابن عمر دون هذه الزيادة.

وقد رواه أيوب ويحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر، وقد شكا فى كونها مرفوعة أو هى من قول نافع.

رواية أيوب:

أخرجها البخارى[٥] ، ومسلم[٦] ، وأحمد[٧] ، وعبد الرزاق[٨] ، وأبو داود[٩] ، والترمذى[١٠] ، والنسائى[١١] ، والبيهقى[١٢] ، كلهم من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر عن النبى ﷺ قال: «من أعتق نصيبا له فى مملوك أو شركا له فى عبد، فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل، فهو عتيق»، قال نافع: وإلا فقد عتق منه ما عتق. قال أيوب: لا أدرى أشىء قاله نافع أو شىء فى الحديث. لفظ البخارى.

وقال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح.

---

(١) ٤/١٢٣ كتاب المكاتب (٦) .
(٢) ٣/١٢٨٦ كتاب الإيمان باب من أعتق شركا له فى عبد (٤٩/١٥٠١) .
(٣) ١٠/٢٧٥ كتاب العتق باب من أعتق شركا له فى عبد .
(٤) ١٠/٢٧٧ كتاب العتق باب يعتق بالقول ويدفع بالقيمة .
(٥) ٥/١٥١ كتاب العتق باب إذا أعتق عبد بين اثنين (٢٥٢٤) .
(٦) ٣/١٢٨٦ كتاب الإيمان باب من أعتق شركا له فى عبد (٤٩/١٥٠١) .
(٧) ٢/١٥ .
(٨) ٩/١٥١ رقم (١٦٧١٥) .
(٩) ٤/٢٥٧ كتاب العتق باب من روى أنه لا يستسعى (٣٩٤٢) .
(١٠) ٣/٦٢٩ كتاب الأحكام باب العبد يكون بين الرجلين (١٣٤٦) .
(١١) ٧/٣١٩ كتاب البيوع باب الشركة فى الرقيق .
(١٢) ١٠/٢٧٦ - ٢٧٧ كتاب العتق باب يكون حرا يوم تكلم بالعتق .

رواية يحيى بن سعيد:

أخرجها مسلم[١] ، والبيهقى[٢] ، من طريق يحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر بمثل رواية أيوب.

قال يحيى: لا أدرى شيئا من قبله كان يقوله - أى نافع - أم هو شىء فى الحديث.

قال الحافظ ابن حجر فى الفتح[٣] : هذا شك من أيوب فى هذه الزيادة المتعلقة بحكم المعسر، هل هى موصولة مرفوعة أو منقطعة مقطوعة، وقد رواه عبد الوهاب عن أيوب فقال فى آخره: وربما قال: وإن لم يكن له مال فقد عتق منه ما عتق، وربما لم يقله، وأكثر ظنى أنه شىء يقوله نافع من قبله، أخرجه النسائى، وقد وافق أيوب على الشك فى رفع هذه الزيادة يحيى بن سعيد عن نافع، أخرجه مسلم والنسائى.

ولفظ النسائى: وكان نافع يقول قال يحيى: لا أدرى أشىء كان من قبله يقوله أم شىء من الحديث، فإن لم يكن عنده فقد جاز ما صنع. ورواها من وجه آخر عن يحيى فجزم أنها عن نافع وأدرجها فى المرفوع من وجه آخر، وجزم مسلم بأن أيوب ويحيى قالا: لا ندرى أهو فى الحديث أو شىء قاله نافع من قبله. ولم يختلف عن مالك فى وصلها ولا عن عبيد الله بن عمر، لكن اختلف عليه فى إثباتها وحذفها كما تقدم، والذين أثبتوها حفاظ، فإثباتها عن عبيد الله مقدم، وأثبتها أيضا جرير بن حازم كما سيأتى، وإسماعيل بن أمية عند الدارقطنى، وقد رجح الأئمة رواية من أثبت هذه الزيادة مرفوعة قال الشافعى: لا أحسب عالما بالحديث يشك فى أن مالكا أحفظ لحديث نافع من أيوب؛ لأنه كان ألزم له منه حتى ولو استويا فشك أحدهما فى شىء لم يشك فيه صاحبه كانت الحجة مع من لم يشك، ويؤيد ذلك قول عثمان الدارمى: قلت لابن معين: مالك فى نافع أحب إليك أو أيوب؟ قال: مالك. ا. هـ.

وقد توبع نافع على هذا الحديث، تابعه سالم بن عبد الله بن عمر:

---

(١) ٣/١٢٨٦ كتاب الايمان باب من أعتق شركا له فى عبد (٤٩/١٥٠١) .
(٢) ١٠/٢٧٧ كتاب العتق باب يعتق بالقول ويدفع بالقيمة.
(٣) ٥/١٨٤ .

أخرجه البخارى[١] ، ومسلم[٢] ، وأبو داود[٣] ، والترمذى[٤] ، والنسائى[٥] ، وأحمد[٦] ، وعبد الرزاق[٧] ، والحميدى[٨] ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[٩]، وابن حبان[١٠] ، والبيهقى[١١] ، كلهم من طريق سالم عن أبيه عن النبى ﷺ قال: «من أعتق عبدا بين اثنين فإن كان موسرا قوم عليه ثم يعتق».

قال الترمذى: حسن صحيح.

عبد الله بن السائب بن يزيد[١٢] فهو عبد الله بن السائب بن يزيد بن أخت نمر، تابعى حجازى قليل الحديث، وحديثه عند أهل المدينة.

روى عن: أبيه، عن جده، عن النبى ﷺ «لا يأخذ أحدكم عصا أخيه».

روى عنه: ابن أبى ذئب.

قال أبو بكر الأثرم: سمعت أبا عبد الله أحمد بن حنبل يسأل عن حديث ابن أبى ذئب، عن عبد الله بن السائب، عن أبيه، عن جده «لا يأخذ أحدكم عصا أخيه»، تعرفه من غير حديث ابن أبى ذئب؟ فقا ل: لا، وهو ابن يزيد بن أخت نمر، ولا أعرف له غيره، وأما السائب فقد رأى النبى ﷺ.

وقال النسائى: ثقة.

وذكره ابن حبان فى كتاب «الثقات».

---

(١) ٥/١٧٩ كتاب العتق باب إذا أعتق عبدا بين اثنين (٢٥٢١) .
(٢) ٣/١٢٨٧ كتاب الإيمان باب من أعتق شركا له فى عبد (٥٠، ٥١/١٥٠١) .
(٣) ٤/٢٥٨ كتاب العتق باب من روى أنه لا يستسعى (٣٩٤٦) .
(٤) ٣/٦٢٩ كتاب الأحكام باب العبد يكون بين الرجلين (١٣٤٧) .
(٥) ٧/٣١٩ كتاب البيوع باب الشركة فى الرقيق .
(٦) ٢/٣٤ .
(٧) ٩/١٥٠ رقم (١٦٧١٢) .
(٨) ٢/٢٩٥ رقم (٦٧٠) .
(٩) ٣/١٠٦ كتاب العتاق باب العبد يكون بين الرجلين .
(١٠) (٤٣١٢ - الإحسان) .
(١١) ١٠/٢٧٥ كتاب العتق باب من أعتق شركا له فى عبد وهو موسر .
(١٢) تنظر ترجمته فى تهذيب التهذيب (٦/٢٠١، ٢٠٢)، الثقات (٥/ ٢٣٠)، طبقات ابن خياط ص (٢٥٨)، المغنى فى الإنباء (٢/ ٢٢٩).

وقال محمد بن سعد: كان ثقة، قليل الحديث، توفى سنة ست وعشرين ومائة فى خلافة الوليد بن يزيد بن عبد الملك.

قوله: «لاعبًا أو جادًا» أى: لاعبًا فى مذهب السرقة، جادًّا فى إدخال الأذى على أخيه. قال أبو عبيد[١] : يعنى: أن يأخذ متاعه لا يريد سرقته، إنما يريد إدخال الغيظ عليه، والروع له، وهذا مثل حديثه: «لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يُرَوِّعَ مُسْلِمًا».

والجِدُّ: ضد الهزل، يقال: جَدَّ فى الأمر يَجِدُّ جِدًّا بالكسر.

والْجِدُّ: الاجتهاد فى الأمور، ويقال: أَجَدَّ أيضًا.

وذكر العصا؛ لأنها شىء تافه، أراد: فليردها «ولا يستحل أخذها» مع احتقارها.

قوله: «أُعطى شركاؤه حصصهم» هو جمع حصة، وهو النصيب، يقال: أحصصت الرجل: أعطيته نصيبه، وتحاصَّ القوم يتحاصُّونَ: إذا اقتسموا حصصًا، وكذلك المحاصة.

قوله: «السبيكة والنقرة» يقال: سبكت الفضة أسبكها - بالكسر[٢] - سبكًا: أذبتها.

والسبيكة: الفضة[٣] ، فعيلة من السبك، والجمع: سبائك.

والنُّقْرَةُ - أيضًا -: هى السبيكة، كذا قال الجوهرى[٤] : وقيل: هى الفضة الخالصة، تخرج من المعدن فَتُخْلَصُ.

الأحكام: فإنْ كان المغصوبُ باقيًا، لزمه ردُّه إلى المالكِ؛ لما روى عبد الله بن السائب بن يزيد، عن أبيه، عن جده؛ أنَّ النبىَّ ﷺ قال: «لَا يَأْخُذْ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِهِ، وَفِى بَعْضِهَا مَالُ أَخِيهِ لَاعِبًا أَوْ جَادًّا، فَإِذَا أَخَذَ أَحَدُكُمْ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا».

فصل: وإن اختلف قيمة المغصوب مِنْ حين الغَصْب إلى حينِ الردِّ، ولم ينقصْ من عين المغصوب شىء؛ بأن غصب ثوبًا قيمتُهُ مائةٌ، فارتفعَتْ قيمته، فبلغَتْ مائة وخمسين، ثم تراجعَتِ السوق؛ فعادت قيمته إلى مائة، ردّه، ولم يلزمه لأجْلِ ذلك شىء.

---

(١) ينظر غريب الحديث (٣/ ٦٧) .

(٢) ينظر الصحاح (سبك)، واللسان (سبك)، والمصباح (سبك)، والقاموس (سبك) .

(٣) عبارة الصحاح: والفضة: سبيكة والجمع السبائك .

(٤) الصحاح (نقر) .

وقال أبو ثور من أصحابنا: يلزمه دفع الخمسين مع الثوب، وهذا خطأ، أى: سهو؛ لأن الغاصبَ يضمنُ ما غصبه، والقيمة لا تدخل فى الغصب، ولأنه لا حَقَّ للمغصوب منه فى القيمةِ مع بقاء العَيْن، وإنَّما حقُّه فى العين، وهى كما كانتْ؛ فلم يلزمه شىْء؛ كما لو تردّ قيمته، ولم ينقصْ، واحتجَّ بأنَّ ما ضمنه إذا تلفت العين، ضمنه، وإن لم تتلفْ؛ كالسمَن.

قلنا: إذا تلفت العين، وجب تقويمها؛ فلهذا ضمنها بأكثر ما كانتْ قيمتها، وهاهنا: لا يجبُ تقويمها، ويخالف السِمَن؛ لأنه تلف عين منها، وهاهنا بخلافه.

فصل: وإن تلف المغصوبُ فى يد الغاصبِ، أو أتلفه - لم يخْلُ: إمَّا أن يكونَ له مثلٌ أو لا مثْلَ له:

فإن لم يكنْ له مثلٌ - نظرْتَ:

فإن كان من غير جنس الأثمان؛ كالثياب، والحيوان، وسائر ما لا تتفاوت صفاته، ولا تتساوى أجزاؤه، ضمنه بالقيمة.

وحكى عن عُبَيْد الله بن الحسن العنبرى، أنه قال: يجب فى كلّ شىْء مثله.

دليلنا: ما روى ابن عمر - رضى الله عنه - أن النبىّ ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ: فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَا يَبْلُغُ ثَمَنَ العَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ، وَأُعْطِىَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُمْ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ العَبْدُ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ». فأوجب القيمة فى العبدِ بالإتلاف بالعتق، ولم يوجبْ شقصًا مثله، ولأنَّ إيجابَ مثله من جهة الخلقةِ لا يمكنُ؛ لاختلاف الجنس الواحد فى القيمةِ؛ فكانتِ القيمةُ أقربَ إلى إيفاء حقّه.

واحتجَّ بما روى عن عائشة - رضى الله عنها - أنَّها قالَتْ: مَا رَأَيْتُ صَانِعًا مِثْلَ حَفْصَةَ - رَضِىَ الله عَنْهَا - صَنَعَت طَعَامًا فَبَعَثَتْ بِهِ إِلَى رَسُولِ الله ﷺ فَأَخَذَنِى الأَفْكَلُ - أى: الرِّعْدَةُ مِنَ الغَيْرَةِ - فَكَسَرْتُ الإِنَاءَ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ الله، مَا كَفَّارَةُ ما صَنَعْتُ؟ فَقَالَ: إِنَاءٌ مِثْلُ الإِنَاءِ، وَطَعَامٌ مِثْلُ الطَّعَامِ»[1].

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ١٤٨، ٢٧٧)، أبو داود (٢/ ٣٢٠) كتاب البيوع باب فيمن أفسد شيئا يغرم مثله (٣٥٦٨) والنسائى (٧/ ٧٠) كتاب النساء باب الغيرة، من طرق عن فليت العامرى عن جسرة بنت دجاجة عنها ومنه أنها قالت ما رأيت صانعا طعاما مثل صفية بدلا من حفصة وفى الباب عن أنس بن مالك وأم سلمة.

- حديث أنس بن مالك:

أخرجه البخارى (٥/ ٤١٩، ٤٢٠) كتاب المظالم باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره =

قلنا: هو محمولٌ على أنه جوَّز ذلك عند التراضى؛ لكونه علم أنَّها ترضى بذلك.

فصل: وإن اختلفتْ قيمته من حين الغصب إلى حين التلف، وجبت قيمته أكثر ما كانَتْ من حينِ الغصبِ إلى حين التلفِ.

وقال أبو حنيفة: يجبُ عليه قيمته وقْتَ الغصب.

دليلنا: هو أنه غاصب فى الحالِ التى زاد فيها قيمته، فلزمه ضمان قيمته فيها؛ كالحالة التى غصبها فيها.

قالوا: زيادة حدثَتْ بعد القبض؛ فلمْ يضمنها؛ كزيادة قيمة الصداق.

قلنا: لأنَّ الزيادة هناك حَدَثَتْ على ملكها، والزيادة هاهنا حدثَتْ على ملك المغصوبِ منه، فضمنها.

فصل: وتجبُ القيمةُ من نقد البلدِ الذى تلف فيه، أو أتلفه فيه؛ لأنه موضعُ الضمان؛ فوجبَتِ القيمةُ مِنْ نَقْده.

فصل: وإن كان المغصوبُ من جِنْسِ الأثمانِ، - أى: من الذهب والفضة - نظرْتَ:

فإن لم يكنْ فيه صنعة؛ كالسبيكة والنقرة؛ فإنْ كان نقد البلد من غير جنسِهِ، بأنْ كان ذهبًا، ونقد البلد دراهم، أو كان من جنسِهِ بأنْ كان النقد دنانير، ولكنْ لا تزيدُ قيمة على وزنه من الدنانيرِ - ضمنها بالقيمة؛ لأنَّ ما يضمنه بالقيمة فى هذا لا يؤدّى إلى الربا؛ فضمن بالقيمة؛ كما قلنا فى غير جنس الأثمانِ، وإن كان نقد البلد من جنسه، وإذا قوّم به، زادت قيمته على وزنه بأن كانت أجود فى اللين من النقد، أو

= (٢٤٨١) وفى (١٠/ ٤٠٠) كتاب النكاح باب الغيرة (٥٢٢٥) والدارمى (٢/ ٢٦٤) كتاب البيوع باب من كسر شيئا فعليه مثله، وأحمد (٣/ ١٠٥، ٢٦٣)، وأبو داود (٢/ ٣٢٠) كتاب البيوع باب فيمن أفسد شيئا يغرم مثله (٣٥٦٧)، والنسائى (٧/ ٧٠) كتاب النساء باب الغيرة، وابن ماجه (٤/ ٢٣، ٢٤) كتاب الأحكام باب الحكم فيمن كسر شيئا (٢٣٣٤)، الترمذى (٣/ ٣٣) أبواب الأحكام باب ما جاء فيمن يكسر له الشىء (١٣٥٩)، (١٣٦٠) من طرق عن حميد عنه.

حديث أم سلمة:

أخرجه النسائى (٧/ ٧٠) كتاب النساء باب الغيرة

وأخرجه ايضا فى الكبرى (٥/ ٢٨٥، ٢٨٦) كتاب عشرة النساء باب الغيرة .

نقصت قيمته عن الوَزْن - ضمنت بغير جنسها؛ حتَّى لا يؤدّى إلى الربا.

فصل: وإن كانت فيه صنعة - نظَرْتَ:

فإن كانت فيه صنعة محرَّمة؛ كالصَّليب، والطنبور، والبربط، والأوانى المتَّخذة منه على الصحيح من المذهب ضمن؛ كما يضمن السبيكة والنقرة؛ لأن هذه الصنعة لا قيمَةَ لها فى الشرع؛ فكان وجودها كعدمها.

فصل: وإن كانتْ صنعة مباحة؛ مثل حلى النساء: فإنْ كانتْ نقد البلد من غير جنسه أو من جنسه، لكنَّه لا تزيد قيمته على وزنه، ضمنه بقيمته؛ لأنه لا يؤدّى إلى الربا، وإن كان النقد من جنسِهِ، وتزيد قيمة المغصوب على وزنه من النقد - ففيه وجهان:

أحدها: أن يقوم بغير جنسه حتَّى لا يؤدّى إلى الربا.

والثانى: أنه يضمنه بقيمتِهِ من جنسه بالغةً ما بلغَتْ، وحكى عن أحمد مثله، وهو الصحيحُ؛ لأن الزيادة على الوزن فى مقابلةِ الصنعةِ؛ فلا يؤدِّى إلى الربا؛ ولهذا يجوز الإجارة على عملها، وإذا كسره لزمه أرش ما نقص، ويخالف البيع؛ لأن الصنعة لا يقابلها العوضُ فى العقد، ويقابلها فى الإتلاف.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وإن كان مما له مثل؛ كالحبوب، والأدهان - ضمن بالمثل؛ لأن إيجاب المثل رجوع إلى المشاهدة والقطع، وإيجاب القيمة رجوع إلى الاجتهاد والظن، فإذا أمكن الرجوع إلى القطع، لم يرجع إلى الاجتهاد، كما لا يجوز الرجوع إلى القياس مع النص.

وإن غصب ما له مثل، واتخذ منه ما لا مثل له؛ كالتمر إذا اتخذ منه الخل بالماء، أو الحنطة إذا جعلها دقيقًا، وقلنا إنه لا مثل له، ثم تلف - لزمه مثل الأصل؛ لأن المثل أقرب إلى المغصوب من القيمة.

وإن غصب ما لا مثل له، واتخذ منه ما له مثل؛ كالرطب إذا جعله تمرًا، ثم تلف - لزمه مثل التمر؛ لأن المثل أقرب إليه من قيمة الأصل.

وإن غصب ما له مثل واتخذ منه ما له مثل؛ كالسمسم إذا عصر منه الشيرج، ثم تلف، فالمغصوب منه بالخيار إن شاء، رجع عليه بمثل السمسم، وإن شاء رجع عليه بمثل الدهن؛ لأنه قد ثبت ملكه على كل واحدٍ من المثلين، فرجع بما شاء

منهما.

وإن وجب المثل فأعوز، فقد اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: تجب قيمته وقت المحاكمة؛ لأن الواجب هو المثل، وإنما القيمة تجب بالحكم، فاعتبرت وقت الحكم.

ومنهم من قال: تعتبر قيمته أكثر ما كانت، من حين الغصب إلى حين تعذر المثل، كما تعتبر قيمة المغصوب أكثر ما كانت، من حين الغصب إلى حين التلف.

ومنهم من قال: تضمن قيمته أكثر ما كانت، من حين الغصب، إلى وقت الحكم؛ لأن الواجب فى الذمة هو المثل إلى وقت الحكم، كما أن الواجب فى المغصوب رد العين إلى وقت التلف، ثم يغرم قيمة المغصوب أكثر ما كانت، من حين الغصب إلى حين التلف، فيجب أن يعتبر فى المثل أكثر ما كانت قيمته، إلى وقت الحكم.

ومنهم من قال: إن كان ذلك مما يكون فى وقتٍ، وينقطع فى وقتٍ؛ كالعصير - وجبت قيمته وقت الانقطاع؛ لأنه بالانقطاع يسقط المثل، وتجب القيمة.

وإن كان مما لا ينقطع عن أيدى الناس، وإنما يتعذر فى موضعٍ؛ وجبت قيمته وقت الحكم؛ لأنه لا ينتقل إلى القيمة إلا بالحكم، وإن وجد المثلَ بأكثر من ثمن المثل، احتمل وجهين:

أحدهما: لا يلزمه المثل؛ لأن وجود الشىء بأكثر من ثمن المثل كعدمه؛ كما قلنا فى الماء فى الوضوء، والرقبة فى الكفارة.

والثانى: يلزمه؛ لأن المثل كالعين، ولو احتاج فى رد العين إلى أضعاف ثمنه - لزمه؛ فكذلك المثل.

(الشرح) قوله: «السمسم إذا عصر منه الشيرج»، السمسم يسمى أيضًا «السَّمْسَق» و «الجُلْجُلَان». وكلمة «السِّمْسِم» من أصل سامى، ولها أشباه فى اللغات الآرامية، والعبرية، والآشورية، وكلمة جلجلان حبشية.

السمسم: نبات حولى زراعى، دهنى من القبيلة السمسمية زهره أبيض مُوَشَّح بحمرة وصفرة، يعلو إلى ٦٠ سم، يزرع فى الشرق الأوسط، وآسية، والسودان، ونقل إلى أمريكا اللاتينية والمكسيك بطريق المهاجرين إليها، زرع السمسم منذ القديم فى بلاد كثيرة للاستفادة منه، وخاصة من زيته الدسم، وكانت النساء يتزين

بأزهاره، وتستعمل بذوره - الصغيرة المبسطة - فى تزيين الكعك وبعض الحلويات - كالبرازق وغيرها - كما تستعمل فى صنع مادة «الطحينة». ولكن الفائدة الكبرى منه هى فى زيته الذى استخرج منذ القديم من بذوره، وعرف باسم «السَّيْرَج» الشَّيْرَج، فقد كان يستعمل فى طبخ أكثر الأطعمة قبل أن تصنع الزبدة والسمن والزيوت الأخرى، ولا يزال يستعمل حتى اليوم فى بعض المناطق، ويفضل على غيره من الزيوت.

أما الشيرج: فاسم لدهن السمسم معرب من «شيره» الفارسية. ولا يجوز كسر شينه «شِيرج» كما يقول العوام. وهو الزيت المستخرج من بذور نبات السمسم يعرف بالزيت الحار، وكلمة «سيرج» فارسية، أصلها «شِيرهج». وهو حلو المذاق، طيب الطعم، ليس له رائحة، ولا تفسد رائحته ولا طعمه وإن حفظ طويلًا، وإذا أصيب بالزنخة فيمكن إصلاحه، وهو لا يتجمد بدرجة الصفر، وحموضته قليلة، ونسبته ٤٧٪ من السمسم، وقد استعمل فى الطب القديم لغسل الجلد من الآفات الجلدية والرمد، وكان يعطى حقنًا فى القولنج، ويستعمل مشروبًا فى التهابات الصدر والبطن، واستعمل مع النعنع فى الزنتارية، وجرب ضماده فى قروح الساق المستعصية.

وذكر أطباء العرب أنه: يخصب البدن ويلينّه، ويفتح السُّدَد، ويزيل الخشونة والاحتراق، وإن غسل به البدن نعّمه وأزال درنه وطوّل الشعر وسوّده وهو ثقيل عسر الهضم، يرخى الأعضاء ويورث الصداع، ويصلحه العسل، وأن يقلى[1].

قوله: «فأعوز»[2]، أعوزه الشيء: إذا احتاج إليه فلم يقدر عليه، وعوز الشيء عوزًا: إذا لم يوجد، ورجل معوز: لا شيء عنده، والعوز: القلة.

الأحكام: إن كان المغصوب مما له مثل، وهو كل ما تساوى قيمة أجزائِهِ؛ كالدراهم، والدنانير، والحبوب، والأدهان، والأقطان، والتمر، والزبيب، والملح، وما لا ماء فيه من الخل، وغير ذلك مما تساوى قيمة أجزائه - ضمن بالمثلِ؛ لأن إيجاب المثل رجوع إلى المشاهدة والقطع، وإيجابُ القيمةِ رجوعٌ إلى

---

(١) ينظر قاموس الغذاء (٢٩٥، ٣١١، ٣٤٥).
(٢) ينظر النظم (٢/٢٤٧).

الاجتهاد والظنّ، فإذا أمكن الرجوعُ إلى القطع، لم يرجع إلى الاجتهاد والظن؛ كما لا يجوز الرجوعُ إلى القياس مع وجود النصِّ.

فصل: وإنْ غصب ما له مثل، واتخذ منه ما لا مِثْل له؛ كالتمر إذا اتخذ منه الخلّ بالماء، أو الحنطة إذا جعلها دقيقًا.

وقلنا: إنَّه لا مِثْلَ له، ثم تلف - لزمه مثل الأصل؛ لأن المثل أقربُ إلى المغصوب من القيمةِ.

وإن غصَبَ ما لا مثل له، واتخذ منه ما له مثل كالرطب إذا جعله تمرًا، ثمّ تلف - لزمه مثلُ التمر؛ لأنَّ المثل أقرَبُ إليه من قيمة الأصلِ.

وإن غصب ما له مِثْلٌ، واتخذ منه ما له مِثْل؛ كالسمسم إذا عصر منه الشَّيْرج، ثم تلف - فالمغصوب منه بالخيار: إن شاء، رجع عليه بمثل السمسم، وإن شاء، رجع عليه بمثل الشيرج؛ لأنه قد ثَبَتَ ملكه على كُلّ واحد من المثلَيْن؛ فيرجع بما شاء منهما.

فصل: فإن وجَبَ المثل، وأعوز، مثل أن يتلف فى موضع لا يجدُ مثله، أو يكون له مثل وقْتَ التلف، ثمَّ يعوز بعد ذلك - فقد اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: تجبُ قيمته وقت المحاكمة؛ لأنَّ الواجب فى التلف هو المثْل، وإنَّما القيمة تجبُ بالحكم، فاعتبرت وقت الحكم.

ومنهم من قال: تعتبر قيمته أكثَرَ ما كانَتْ من حين الغَصْب إلى حين تعذر المثل؛ كما تعتبر قيمة المغصوب الذى لا مِثْلَ له أكثر ما كانت من حين الغَصْب إلى حين التلف.

ومنهم من قال: تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين الغصبِ إلى وقت الحكمِ؛ لأن الواجب فى الذمَّة هو المثل إلى وقت الحكمِ؛ كما أن الواجب فى المغصوب رد العين إلى وقتِ التلفِ، ثمَّ تعتبر قيمة المغصوبِ أكثَرَ ما كانَتْ من حين الغصب إلى حين التلفِ؛ فيجبُ أن تعتبر فى المثلِ أكثَرَ ما كانَتْ قيمته إلى وقت الحكمِ.

ومنهم من قال: إن كان ذلك مما يكونُ فى وقتٍ، وينقطع فى وقتٍ؛ كالعصير، وجبت قيمته وقت الانقطاع؛ لأنَّ بالانقطاعِ يسقطُ المثْل، وتجبُ القيمة.

وإن كان مما لا ينقطع عن أيدى الناسِ، وإنما يتعذَّر فى موضع؛ كالحنطة والتمر - وجبَتْ قيمته فى وقت الحكمِ؛ لأنه لا ينقلُ إلى القيمة إلا بالحُكْم. فإنْ وجد

المثل بأكثَرَ من ثمن المثلِ، احتمل وجهَيْن:

أحدهما: لا يلزمه المِثْلُ؛ لأنَّ وجود الشيء بأكثر مِنْ ثمن المثل؛ كعدمه؛ كما قلنا في الماء في الوضوءِ والرقبة في الكَفَّارة.

والثاني: يلزمه؛ لأنَّ المثل كالعين.

ولو احتاج في رد العين إلى أضعافِ ثمنها، لزمه ردُّها؛ فكذلك في المثل.

فصل: فإنْ وجد بعض ذلك، أدَّاه، وكان الباقي على ما ذكرناه مِنَ الوجوه، وإذا غرم، ثمَّ وجد المثل، فهل للمغصوبِ منه ردّ القيمة وأخذ المثل، أو هل للغاصب أنْ يدفع المثل ويرجع في القيمة؟ قيل: فيه وجهان:

أحدهما: أنَّ له ذلك؛ لأن القيمة إنما أخذت للضرورةِ، فإذا وجد المثلُ، فقد زالَتِ الضرورة؛ فصار كأخذ القيمة عن الآبق.

والثاني: ليس له ذلك؛ لأنَّ للمتلف بدلَيْن، أحدهما المثل، والآخر القيمة، فإذا عدم المثل، فالقيمةُ هي البدل، وليس كالعبد؛ لأنَّ العبد عين ماله، والقيمة بخلافِهِ.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن ذهب المغصوب من اليد، وتعذر رده، بأن كان عبدًا فأبق، أو بهيمةً فضلت؛ كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة؛ لأنه حيل بينه وبين ماله؛ فوجب له البدل؛ كما لو تلف.

وإذا قبض البدل ملكه؛ لأنه بدل ماله فملكه، كبدل التالف، ولا يملك الغاصب المغصوب؛ لأنه لا يصح تملكه بالبيع، فلا يملك بالتضمين؛ كالتالف، فإن رجع المغصوب؛ وجب رده على المالك.

وهل يلزم الغاصب الأجرة من حين دفع القيمة، إلى أن رده؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تلزمه؛ لأن المغصوب منه ملك بدل العين، فلا يستحقَ أجرته.

والثاني: تلزمه؛ لأنه تلفت عليه منافع ماله بسببٍ كان في يد الغاصب، فلزمه ضمانها، كما لو لم يدفع [إليه] القيمة.

وإذا رد المغصوب؛ وجب على المغصوب منه رد البدل؛ لأنه ملكه (منه) بالحيلولة، وقد زالت الحيلولة، فوجب الرد.

وإن زاد البدل في يده؛ نظرت: فإن كانت الزيادة متصلةً؛ كالسمن - وجب الرد مع الزيادة؛ لأن الزيادة المتصلة تتبع الأصل في الفسخ بالعيب، وهذا فسخ.

وإن كانت زيادةً منفصلةً؛ كالولد واللبن؛ لم ترد الزيادة، كما لا ترد في الفسخ

بالعيب.

(الشرح) الأحكام: إن ذهب المغصوبُ من يد الغاصبِ، وتعذَّر ردُّه؛ بأن كان عبدًا فأبَقَ، أو بهيمة فضلَّتْ، أو غصب منه، أو سرق - كان للمغصوبِ منه المطالبةُ بالقيمةِ؛ لأنه حيل بينه وبين مالِهِ؛ فوجَبَ له البدلُ؛ كما لو تلف أو أتلفه، وإذا قبض البدل، ملكه؛ لأنه بدل ماله؛ فملكه؛ كقيمة عين التالف.

فصل: ولا يملك الغاصبُ المغصوبَ؛ بل هو باقٍ على ملكِ المغصوب منه، وإذا وجده، ردَّه على المالك، ويرد القيمة على الغاصبِ.

قيل: وللغاصب حَبْس العين إلى أنْ يردَّ إليه القيمة.

وقال أبو حنيفة: يملك الغاصبُ العين، وإذا قدر عليها لا يجبُ عليه ردُّها إلا أن يكونَ دفع دون قيمتها بقولِهِ مع يمينه، ويجوز للمالك ردُّ القيمة والرجوع في العين.

دليلنا: هو أنه لا يصحُّ تمليكه بالبيعِ؛ فلا يصحُّ تملكه بالتضمينِ؛ كالتالف، ولأنه معاوضة على ما [لا] يقدر فيه على القبضِ؛ فلا يملك به كالبيعِ، ولأنه لو كان ذلك سببًا للتمليك، لم يصح فيما لم يملك؛ كالبيع والهبة، ولأنه غرم ما تعذر عليه ردّه لخروجه مِنْ يده؛ فلا يملكه به كالمدّبر إذا غصب.

قالوا: ملك البدل؛ فزال ملكه عنه؛ كما لو استولد الأب جارية ابنه؛ فأخذ القيمة، أو خلط زَيْته بزيته، فغرم له، أو باع ماله، وأخذ الثمن.

قلنا: في الاستيلاد لم يزلْ ملكه؛ لأنه ملك البدل، وإنما ملك البدل؛ لأنه زال أولًا، لهذا المعنى. وهو أن الاستيلاد تتعلَّق به الحرية، فلا يمكن ألَّا ينقل الملك؛ فلما انتقل الملك، وجب البدل. ويضمن الزيت معاوضة على ما يقدر على تسليمِهِ، وهذا معاوضة على ما لا يقدر على تسليمه؛ فهو كبيع الآبق، ولأنَّ هناك أخذ البدل عن العين، وهاهنا أخذ البدل للحيلولة؛ فلم يزلْ ملكه عن العين؛ كالمدبَّر إذا أخذتْ عنه القيمة؛ للحيلولة.

فصل: فإنْ قال الغاصب: استأجر عني مَنْ يطلب ذلك، جاز، والأجرة على الغاصبِ؛ فإنِ استأجر الغاصب المالكَ في طلبه: فقد ذكر في «الإيضاح»: فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوزُ؛ لأنه لا يصحّ أن يكون مستأجرًا فيما يتعلَّق بملك نفسه.

والثاني: أنه يجوزُ؛ لأنه عن الغاصبِ ينوبُ فيما عليه.

فصل: فإنْ رجع المغصوبُ، وجب ردُّه على المالك، وكان على الغاصبِ أجرته

مِن حين الغصبِ إلى أن أخذ المالكُ القيمةَ؛ لما مضى، وهل يلزم الغاصبَ الأجرةُ من حين دفع القيمة إلى أن ردّه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه؛ لأن المغصوب منه ملك بذلك العين؛ فلا يستحق أجرته.

والثاني: يلزمه؛ وهو الأصح؛ لأن ملكه لم يزلْ عنه، ولا عن منافعه، وإنما أخذ القيمة للحيلولة، وتلفت عليه منافعُ ماله بسببٍ كان فى يد الغاصبِ؛ فلزمه ضمانها؛ كما لو لم يدفعْ إليه القيمة.

فصل: وإذا رد المغصوبَ، وجب على المغصوب منه ردّ البدل؛ لأنه ملكه منه، وقد زالَتِ الحيلولة؛ فوجب الردُّ. فإن كانتِ القيمة تالفةً، وجَبَ ردُّ مثلها إن كان لها مِثْل، أو قيمتها إن لم يكن لها مثل، فإنْ كانتْ باقيةً فى يده، فإن كان قد زادت بأنْ كان حيوانًا - أخذه بدلًا عن القيمة، فتلف فى يده - نظرت:

فإن كانتْ زيادة متصلة؛ كالسِّمَن - وجب ردُّه مع الزيادة؛ لأن الزيادة المتصلة تتبَعُ الأصلَ فىَ الفسخ بالعَيْب، وهذا فسخ.

وإن كانت زيادة منفصلة؛ كالولد، واللبن - لم يردّ الزيادة؛ كما لم ترد فى الفسخ بالعيب.

وإن كان المغصوب زائدًا، رجع المالك فيه بزيادتِهِ، سواء كانتِ الزيادة متصلةً أو منفصلةً؛ لأن ملكه لم يزلْ عنه؛ فكان نماؤه له، وإن كان على المغصوب منه دَيْن، لم يشاركِ الغرماء الغاصب فى ذلك بل يقدم حقّه منه؛ لأن حقه متعلّق بالعين، وديون سائر الغرماء فى الذّمة؛ فقدم حقه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن نقص المغصوب نقصانًا تنقص به القيمة، نظرت: فإن كان فى غير الرقيق، لم يخل إما أن يكون نقصانًا مستقرًا، أو غير مستقر، فإن كان نقصانًا مستقرًا بأن كان ثوبًا فتخرق، أو إناءً فانكسر، أو شاةً فذبحت، أو طعامًا فطحن ونقصت قيمته، رده، ورد معه أرش ما نقص؛ لأنه نقصان عينٍ فى يد الغاصب نقصت به القيمة؛ فوجب ضمانه؛ كالقفيز من الطعام، والذراع من الثوب.

فإن ترك المغصوبُ منه المغصوبَ على الغاصب، وطالبه ببدله؛ لم يكن له ذلك، ومن أصحابنا من قال فى الطعام إذا طحنه: إن له أن يتركه، ويطالبه بمثل طعامه؛ لأن مثله أقرب إلى حقه من الدقيق، والمذهب الأول؛ لأن عين ماله باقية، فلا يملك

المطالبة ببدله؛ كالثوب إذا تخرق، والشاة إذا ذبحت.

وإن كان نقصانًا غير مستقر، كطعامٍ ابتل، وخيف عليه الفساد، فقد قال «فى الأم» للمغصوب منه مثل مكيلته.

وقال الربيع: فيه قول آخر: أنه يأخذه، وأرش النقص، فمن أصحابنا من قال: هو على قولين:

أحدهما: يأخذه، وأرش النقص؛ كالثوب إذا تخرق.

والثانى: أنه يأخذ مثل مكيلته؛ لأنه يتزايد فساده إلى أن يتلف، فصار كالمستهلك.

ومنهم من قال: يأخذ مثل مكيلته قولًا واحدًا، ولا يثبت ما قاله الربيع، وإن كان فى الرقيق، نظرت: فإن لم يكن له أرش مقدر؛ كاذهاب البكارة، والجنايات التى ليس لها أرش مقدر - رده وأرش ما نقص؛ لأنه نقصان ليس فيه أرش مقدر، فضمن بما نقص كالثوب إذا تخرق، وإن كان له أرش مقدر؛ كذهاب اليد نظرت: فإن كان ذهب من غير جنايةٍ؛ رده وما نقص من قيمته.

ومن أصحابنا من قال: يرده، وما يجب بالجناية، والمذهب الأول؛ لأن ضمان اليد ضمان المال، ولهذا لا يجب فيه القصاص، ولا تتعلق به الكفارة فى النفس، فلم يجب فيه أرش مقدر، وإن ذهب بجنايةٍ بأن غصبه، ثم قطع يده، فإن قلنا: إن ضمانه باليد كضمانه بالجناية؛ وجب عليه نصف القيمة وقت الجناية؛ لأن اليد فى الجناية تضمن بنصف بدل النفس.

وإن قلنا: إن ضمانه ضمان المال؛ وجب عليه أكثر الأمرين من نصف القيمة، أو ما نقص من قيمته؛ لأنه وجد اليد والجناية، فوجب أكثرهما ضمانًا.

وإن غصب عبدًا يساوى مائةً، ثم زادت قيمته، فصار يساوى ألفًا، ثم قطع يده؛ لزمه خمسمائة؛ لأن زيادة السوق مع تلف العين مضمونة، ويد العبد كنصفه، فكأنه بقطع اليد فوت عليه نصفه، فضمنه بزيادة السوق.

(الشرح) قوله: «فصار كالمستهلك»، الاستهلاك لغة: هلاك الشىء وإفناؤه، واستهلك المال: أنفقه وأنفده[1].

---

(١) ينظر القاموس المحيط (هلك)، واللسان (هلك).

واصطلاحًا، كما يفهم من عبارة بعض الفقهاء: هو تصيير الشى هالكًا أو كالهالك كالثوب البالى، أو اختلاطه بغيره بصورة لا يمكن إفراده بالتصرف كاستهلاك السمن فى الخبز(١).

قوله: «البكارة»، البكارة - بالفتح - لغة: عذرة المرأة، وهى الجلدة التى على القبل(٢).

والبكر: المرأة التى لم تفتض، ويقال للرجل: بكر، إذا لم يقرب النساء، ومنه حديث «البِكْرُ بالبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ ونَفْىُ سَنَةٍ»(٣).

والبكر اصطلاحًا عند الحنفية: اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره، فمن زالت بكارتها بغير جماع كوثبة، أو درور حيض، أو حصول جراحة، أو تعنيس: بأن طال مكثها بعد إدراكها فى منزل أهلها حتى خرجت عن عداد الأبكار فهى بكر حقيقة وحكمًا(٤).

وعرفها المالكية: بأنها التى لم توطأ بعقد صحيح، أو فاسد جرى مجرى الصحيح.

وقيل: إنها التى لم تزل بكارتها أصلًا(٥).

قوله: «فوت»، فاته الأمر فوتًا وفواتا: ذهب عنه وفى المصباح: فات الأمر، والأصل: فات وقت فعله، ومنه قاتت الصلاة، إذا خرج وقتها ولم تفعل فيه.

وفاته الشىء: أعوزه. قال شيخنا: وهذا وإن عده بعضهم تحقيقًا فهو لا يصلح فى كل تركيب، إنما يأتى فى مثل الصلاة، وأما الفوات فى غيره فاستعمل بمعنى السبق، والذهاب عنه، ونحوه(٦). انتهى.

الأحكام: إن نقص المغصوب نقصانًا تنقصُ به القيمة - نظَرْتَ:

فإن كان ذلك فى غير الرقيق، لم يَخْلُ: إما يكون نقصانًا مستقرًّا، أو غير مستقرٍّ:

---

(١) ينظر بدائع الصنائع (٩/ ٤٤١٦)، الزيلعى على الكنز (٩/ ٧٨)، المغنى (٥/ ٢٨٨).

(٢) ينظر المصباح المنير (بكر)، ولسان العرب (بكر).

(٣) أخرجه عن عبادة بن الصامت مسلم (١٣/ ١٦٩٠)، وأبو داود (٤٤١٥) والترمذى (١٤٣٤) والدارمى (٢/ ١٨١)، والبيهقى (٨/ ٢٢١ - ٢٢٢).

(٤) ينظر رد المحتار على الدر المختار (٢/ ٣٠٢).

(٥) ينظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢/ ٢٨١).

(٦) ينظر تاج العروس (٥/ ٣٣).

فإنْ كان نقصانًا مستقرًّا بأنْ كان ثوبًا فتخرَّق، أو خَرَقَهُ، أو حنطة بلَّها، أو ابتلَّتْ فعفنتْ، أو دابَّة ذهبَتْ عينها، أو أذهبها، أو أذهب يده، أو أذنه أو ذَنَبه هو أو إناء أو سلاحًا، فتكسَّر، أو شاة فذبحتْ وشويتْ، أو حديدًا فجعل منه سكاكين، أو طعامًا - أى: حنطة - فطحن، ونقصت قيمته -: ردَّه وردَّ معه ما نقص.

وقال أبو حنيفة[1] فى الثوب إذا خرقه: إن كان قليلًا، رده وأرش ما نقص، وإن

(١) قال فى تبيين الحقائق (٥/٢٢٨): قال رحمه الله: (ولو ذبح شاة أو خرق ثوبا فاحشا ضمن القيمة وسلم المغصوب إليه أو ضمن النقصان)، وكذا لو ذبح الجزور، وقطع اليد أو الرجل كالذبح؛ لأن هذه الأشياء إتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل، وفوات بعض المنفعة فى الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمين نقصانه وأخذه، وروى الحسن عن أبى حنيفة - رحمهما الله - أنه ليس له أن يضمنه النقصان إذا أخذ اللحم؛ لأن الذبح والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف أنفها، وأمكن الانتفاع بلحمها بيقين، والأول هو الظاهر؛ لأنه نقصان باعتبار فوات بعض الأغراض على ما بينا آنفا، ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها؛ لأنه استهلاك من كل وجه، بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمن نصف قيمته مع أخذه؛ لأنه منتفع به بعد قطع الطرف؛ لأنه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له قبله من الانتفاع . ولا كذلك الدابة؛ فإنها لا تصلح للحمل، ولا للركوب بعد القطع . قال - رحمه الله -: (وفى الخرق اليسير ضمن نقصانه) يعنى مع أخذ عينه، وليس له غير ذلك؛ لأن العين قائمة من كل وجه، وإنما دخله عيب فنقص لذلك فكان له أن يضمنه النقصان، واختلفوا فى حد الخرق اليسير والكبير، قيل: ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش، وما دونه يسير، وقيل: الفاحش ما ينقص به نصف القيمة؛ لاستواء الهالك والقائم فيخير المالك بين أن يميل إلى الهالك أو القائم، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة، واليسير: ما لا يفوت به شىء من المنفعة، وإنما يدخل فيه نقصان فى المنفعة؛ لأن الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن إتلاف جميع المنفعة، والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع، والنقصان عبارة عن تعييب المنافع مع بقائها، وهو تفويت الجودة لا غير، ولا عبرة بقيام أكثر المنافع؛ لأن الرجحان إنما يطلب إذا تعذر العمل بأحدهما، ومتى أمكن العمل بهما لا يصار إلى الترجيح، ولا يشتغل به، وهنا أمكن اعتبار الاستهلاك والنقصان بإثبات الخيار له فلا يعتبر الراجح، وذكر فى النهاية أن الفاحش هو المستأصل للثوب، وهو أن يجعل الثوب لا يصلح إلا للخرق، ولا يرغب فى شرائه، وعزاه إلى الحلوانى . وقال شمس الأئمة السرخسى: الحكم الذى ذكرنا فى الخرق فى الثوب من تخيير المالك إذا كان الخرق فاحشا هو الحكم فى كل عين من الأعيان إلا فى الأموال الربوية، فإن التعييب هناك فاحشا، كان أو يسيرا، كان لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشىء وبين أن يسلم العين ويضمنه مثله أو قيمته؛ لأن تضمين النقصان متعذر؛ لأنه يؤدى إلى الربا، هذا إذا قطع الثوب ولم يجدد فيه صنعة، وأما إذا جدد فيه صنعة بأن خاطه قميصا مثلا فإنه ينقطع به حق المالك عنه عندنا، ذكره فى النهاية معزيا إلى الذخيرة .

كان كثيرًا، فالمالك بالخيار بين أنْ يتركه فيأخذ جميع القيمة، وبين أن يأخذه ويأخذ معه الأَرْش.

دليلنا: هو أنه نقصان عين فى يد الغاصب نقصتْ به القيمة؛ فوجب ضمانه؛ كالقفيز إذا نقص من الطعام، أو الذراع من الثوب، ولأنه أتلف جزءًا من جملة، ولا يضمن الجميع؛ كما لو كان قليلًا، ولأنه لو ثبَتَ له الخيار بالكثير، لثَبَتَ بالقليل؛ كالمشترى فى الردِّ بالعيب.

قالوا: العين بالمنافعِ، فإذا ذهب معظم المنفعة، بطل مقصوده؛ فجاز أن يضمن الجميع؛ ولهذا لو بلَّ حنطته، وأبَقَ عبده، أو قطع يده - ضمنه قيمة الجميع.

قلنا: الحنطة المبلولة تعرَّضَتْ للهلاك، وتداعى فيها الفساد؛ فتصير كالهالك والآبق حالَ بينه وبين جميعه؛ فغرمه الجميع، التلفُ حصَلَ فى البعض، والقيمة فى يدى العبد بدَلٌ عمَّا أتلف، وهاهنا بدل عمَّا لم يتلَفْ.

فصل: وقال أبو حنيفة: إذا غصَبَ شاة، فذبحها وشواها، أو حنطة فطحنها، أو ثوبًا فقطعه وخاطه، أو حديدًا فجعل منه سكاكين - انقطَعَ حقُّ المالك منها، وملكها الغاصب، ولا يجوزُ له التصرُّف فيها قبل أن يدفع القيمةَ إلا الصدقة.

دليلنا: هو أنه فعل لو فعله فى ملكه لم يزلْ ملكه عنه، فإذا فعله فى ملكِ المغصوب [منه]، لم يزلْ ملكه عنه؛ كما لو ذبحها ولم يَشْوِها، ولا يلزمُ عليه إحبالُ الأب جارية الابن؛ لأن ذلك ليس من فعله، ولأنه تعدٍّ على ملك الغير لا يبطلُ حكْمَ الماليَّة؛ فلا يزيلُ ملك المالك عنه، أصله ما ذكرناه، ولأنه لو ملكه، لَمَا وقف تصرفه على الصدقة؛ مثل دفع القيمة، ولأنَّ البائع لو طحن الحنطة، لم يملكْها؛ فالغاصب أولَى.

قالوا: روى: «أنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَارَ قَوْمًا قَدَّمُوا شَاةً مَصْلِيَّةً، فَتَنَاوَلَ مِنْهَا لُقْمَةً، فَجَعَلَ يَلُوكُهَا وَلَا يُسِيغُهَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الشَّاةَ لَتُخْبِرُنِى أَنَّهَا أُخِذَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ فَقَالُوا: نَعَمْ يَا رَسُولَ الله، شَاةٌ لِبَعْضِ جِيرَانِنَا، وَنَحْنُ نُرْضِيهِمْ مِنْ ثَمَنِهَا، فَقَالَ عليه السَّلامُ: «أَطْعِمُوهَا الأَسَارَى»[1]. وهذا يدل على أنَّ ملكَ صاحبها زالَ عنها، وانقطَعَ حقّه

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٣، ٢٦٤) كتاب البيوع باب فى اجتناب الشبهات (٣٣٣٢) والدارقطنى (٤/ ٢٨٥، ٢٨٦)، والطحاوى فى شرح المعانى (٤/ ٢٠٨) وأحمد فى المسند (٥/ ٢٩٣، ٢٩٤) من طريق عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار

=

منها، ويدلُّ على أنَّ الغاصب لا يجوزُ له أن يأكلها، ويلزمه أن يتصدَّق بها.

قلنا: تفرّد به عاصم بن كُلَيْب، قال على بن المدينى: لا يحتجُّ به، يعنى: فيما تفرّد به، ثم يجوزُ أن يكونَ أمر بإطعامه؛ لأنهم ملكوه، أو لأنّه وجد بالأسارى ضرورةً، أو كان صاحبها غائبًا، وخاف تغيُّرها وفسادها، فأطعمها الأسرى؛ ليضمنَ هو قيمتها لصاحبها، أو يكون صاحبها قد نذَرَ أنْ يطعمها الأسرَى؛ فوجب التوقُّف فيه.

قالوا: أخرجَ العين عن المقصودِ بها بزيادةِ معنى؛ فزال ملكُهُ عنه؛ كما لو قتل الشاة، أو أحبَل جارية ابنه.

قلنا: يبطلُ به إذا ذبح ولم يشو، ويخالف القتل؛ فإنه يبطلُ معنى الملك فيه؛ ولهذا: لو فعله المالكُ، زال ملكه عنه، والإحبال يبطلُ معنى الملك؛ ولهذا يمنعُ من التصرُّف فيه، وهذا بخلافه، والأب له حقٌّ فى جارية الابنِ؛ فجاز أن يفضى إلى الملكِ؛ كالشفيع، وهذا لا حقَّ له؛ فلا يملك مال غيره بفعله.

فصل: وقال أبو حنيفة[1] : يجبُ فى عينى الدابَّةِ نصف قيمتها، وفى إحداهما ربع قيمتها، وكذلك فى عين البقرة والحمل، وقال: فى عين الشاة أرشُ ما نقص.

= وفى الباب عن جابر وأبى موسى الأشعرى
- حديث جابر: -
أخرجه أحمد كما فى مجمع الزوائد للهيثمى (٤/ ١٧٦) وقال: روى النسائى بعضه ورجاله - أى رجال أحمد - رجال الصحيح
- حديث أبى موسى الأشعرى:
أخرجه الطبرانى فى الكبير وفى الأوسط كما فى مجمع الزوائد (٤/ ١٧٦) وقال: - وفيه بشر الحريسى وهو ضعيف

(١) قال فى فتح القدير (١٠/ ٣٣٤): قال (شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها) ؛ لأن المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر إلا النقصان، (وفى عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة، وكذا فى عين الحمار والبغل والفرس) وقال الشافعى: فيه النقصان أيضا؛ اعتبارا بالشاة. ولنا ما روى «أن النبى - عليه الصلاة والسلام - قضى فى عين الدابة بربع القيمة» وهكذا قضى عمر - رضى الله عنه -، ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل، فمن هذا الوجه تشبه الآدمى وقد تمسك للأكل، فمن هذا الوجه تشبه المأكولات، فعملنا بالشبهين: بشبه الآدمى فى إيجاب الربع، وبالشبه الآخر فى نفى النصف، ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل؛ فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها .

دليلنا: هو أنَّ ما لا يتقدَّر أرشُ عينه أصله الشاة، وسائر الحيوانات مِنَ الوحوش والطيور، وعكسه الآدمى.

فإنْ قيل: المعنى فى الأصلِ: أنه لا يحملُ عليه، وليس كذلك فى الفرع.

قلنا: يبطل بتقدير أرش اليَدَيْن والرجلَيْن.

فإنْ قيل: لا يمتنعُ أن يتقدَّر أرش بعض الأطراف دون بعض فإنَّ العبد يتقدَّر أرش عينيه، ولا يتقدَّر أرش أذنيه.

قلنا: لا نسلِّم؛ بل يتقدَّر عندنا؛ فيجب فيهما جميع القيمة، وفى إحداهما نصف القيمة.

واحتجُّوا بما روى عن عمر - رضى الله عنه -: «أَنَّهُ قَضَى فِى إِحْدَى عَيْنَىِ الدَّابَّةِ بِرُبُعِ قِيمَتِهَا»[١].

قلنا: القياسُ مقدَّم عندنا على قول الصحابى، ولأنَّ ذلك يحتملُ أن يكونَ حكومةً بلغت ربع قيمتها، وهذا كما روى عن عمر - رضى الله عنه -: «أَنَّهُ قَضَى فِى العَيْنِ القَائِمَةِ بخَمْسِينَ دينارًا»[٢]، وروى عنه أنه قال: «فى الضِّلَعِ جمَلٌ»[٣] وهو على هذا التفسير.

قالوا: حيوان يحملُ عليه؛ فوجَبَ أنْ يتقدَّر أرش عينيه كالعبد.

قلنا: لا اعتبار بالحمل، فإنَّ العبد لو كان صغيرًا لا يتمكَّن من حمل شىء لتقدر أرش عينيه، على أن المعنى فيه تقدير أَرْش يدَيْه ورجلَيْه.

فصل: وقال مالكٌ[٤]: إذا ذهب بجنايتِهِ منفعة مقصودة؛ مثل أن يبتاع فرسًا أو

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف (٥/ ٤٠٢) كتاب الديات باب فى عين الدابة (٢٧٣٩٣) و(٢٧٣٩٥) و (٢٧٣٩٩)

والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ٩٨) كتاب الغصب باب لا يملك أحد بالجناية شيئا جنى عليه.

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة (٥/ ٣٥٦) (٢٦٨٦٣) عن رجل من آل عمر قال: (فى العين خمسون) وفى (٢٦٨٦٦) عن عمر بن عبد العزيز قال: فى العين نصف الدية.

(٣) أخرجه ابن أبى شيبة (٥/ ٣٨٠) (٢٧١٣٥).

(٤) قال فى شرح مختصر خليل (٦/ ١٤٩): (ص) فإن أفات المقصود كقطع ذنب دابة ذى هيئة أو أذنها أو طيلسانه.

(ش) يعنى أن المتعدى إذا أتلف المنفعة المقصودة من الذات فكأنه أتلف جميعها، كما إذا قطع ذنب دابة شخص ذى هيئة ومروءة كقاض وأمير أو قطع أذنها أو قطع طيلسانه؛ =

حمارًا للركوب؛ فيقطع ذنبه أو أذنه؛ فصاحبه بالخيار: إن شاء أخذه بما نقص، وإن شاء تركه وأخذ قيمته، وكذلك فى سائرِ السلعِ، ويستوى فى ذلك حمار القاضى وغيره ممَّا يتخذ للركوبِ، وفى حمار الشوكى ما نقص من قيمته.

دليلنا: هو أنه جناية على بهيمة؛ فلم تضمنْ بقيمة البهيمة؛ كما لو قطع ذنب حمار الشوكى، ولأن أرش الجناية لا يتغيَّر بأنْ يستضرَّ بها بعض الملاك أكثَرَ ممَّا يستضرُّ بها البعض؛ ألَا ترَى أن من وطِىءَ جاريةَ أجنبىٍّ بشبهة، لزمه مهرُ مِثْلها لو كانتْ جارية ابنه أو أبيه، لزمه مهر مثلها - أيضًا - وإن لم يحرمْ على الأجنبىِّ بذلك، ويحرم على الابْنِ والأبِ به.

وكذلك لو قطَعَ يد عبد أقطع، أو كان للحاكم عبد بصير بالشروطِ، وكتب السِّجِلات التى لا يستقيمُ له الحكومة بين الناس إلَّا به، فقطع إصبعه؛ فتعطَّلَتْ كتابته، لزمه أرشُ ما نقص لا غير؛ فكذلك فى حمار القاضِى - أيضًا.

فإنْ قيل: إذا قطع ذنب حمار القاضى، فقد أتلفه عليه؛ فإنَّ العادة لم تجر بركوبِهِ مثله؛ فكان كما لو قتله.

قلنا: يبطل لوطء جارية ابنه أو أبيه بشبهةٍ؛ لأنه قد فوَّت عليه الاستمتاعَ بها على التأبيدِ، ومع هذا: فلا تلزمُهُ القيمةُ، ولأنه - وإنْ لم يقدرْ على ركوبه - فقيمتُهُ باقيةٌ؛ فإنه يقدرُ على بيعه بها.

ويفارق إذا أتلَفَ جميعه؛ فإنه فوَّت عليه قيمته، وهاهنا بخلافه.

= فيخير ربه فى جميع ذلك بين أن يأخذ قيمته يوم التعدى أو يأخذ متاعه وما نقص كما يأتى، فضمير «أفات» للمتعدى، وفى الكلام حذف، أى: فإن أفات المقصود بفعله، وقدرنا هذا؛ لأجل تمثيله بالفعل وهو قوله: كقطع، وظاهر قوله: أفات، فى العمد، مع أنه لا فرق بينه وبين الخطأ، فلو قال: فإن فات - بدون همزة - لكان أشمل كما يفيده ما فى شرح الحدود فى تعريف التعدى، ومفهوم «ذى هيئة»: أن قطع ذنب دابة غير ذى الهيئة لا يفيت المقصود ولو كانت هى ذات هيئة، ولكن فى التوضيح عن مطرف وابن الماجشون أنه يفيت المقصود منها فى هذه الحالة، وإنما تعتبر الهيئة للمسلم . وبعبارة «دابة ذى هيئة»: بالإضافة أى من شأنها أن تكون لذى هيئة وإن لم يكن صاحبها ذا هيئة، فالعبرة بحالها، لا بحاله وبالتنوين، ولا يرد عليه أنه كان يجب عليه أن يقول «ذات» ؛ لأن فى الحديث: «فإذا بدابة أهلب طويل الشعر» وفيه أيضا «فأتى بدابة أبيض فوق الحمار ودون البغل» فذكر الوصف؛ لأن «دابة» فى معنى «حيوان» فراعى فى الوصف المعنى . ومفهوم «قطع» أنَّ نَتْفَ شعره أو قطع بعض الذنب ليس حكمه كذلك، والظاهر أنه يرجع فى كون ما ذكر مفيتا للمقصود أم لا، لأهل المعرفة .

ويفارق إذا جنى على يد آدمى، فشَلَّتْ؛ لأنه أذهب جميع منفعتها؛ فلزمه بذلك ما أتلفه، وهاهنا: لم يذهَبْ جميعُ منفعة البهيمة؛ فلم يلزمه قيمتها.

فصل: فإن ترك المغصوبُ منه المغصوبَ على الغاصب، وطالبه ببدله - لم يكنْ له ذلك.

ومن أصحابنا من قال: فى الطعام إذا طحنه: أنَّ له أن يتركه، ويطالبه بمثل طعامِهِ؛ لأن مثله أقرَبُ إلى حقِّه من الدقيق.

والمذهب الأوَّل؛ لأن عين ماله باقية، فلا يملك المطالبة ببدله؛ كالثوب إذا انخرق، والشاة إذا ذبحت.

فصل: وإن كان نقصانًا غير مستقرٍّ كطعام ابتلَّ أو بلَّه، وخِيفَ عليه الفساد فى الثانى: فقد قال فى «الأم»: للمغصوب منه مِثْلُ مكيلته، وقال الربيع: فيه قول آخر: أنه يأخذه وأرش ما نقص:

فمن أصحابنا من قال: هى على قولَيْن:

أحدهما: يأخذه وأرش ما نقص، وكلما نقص شىء، أخذ منه أرش النقص؛ لأنَّ عين ماله موجودٌ؛ فلم يرجع، إلى غيره، مع إمكانِ أخذِهِ كالثوب إذا تخرق.

والثانى: أنه يأخذ منه مِثْلَ مكيلته؛ لأنه يتزايدُ فساده إلى أن يتلفَ؛ فصار كالمستهدر.

ومنهم من قال: يأخذ مثل مكيلته قولًا واحدًا؛ لما ذكرناه، ولم يثبتْ ما قال الربيع.

وقال أبو حنيفة: المغصوبُ منه بالخيار: بين أن يطالبه ببَدَلِهِ وبين أن يأخُذَهُ، ولا شىء له؛ لأنه إذا أخذ أرش النقص، حصل له كيلُهُ وزيادة؛ فلا يجوز؛ كما لا يجوزُ بيع قفيزٍ جيدٍ بقفيزٍ ردىءٍ ودرهم، وهذا غلَطٌ؛ لأن هناك عين ماله، وليس ببدل عنه؛ فكان له أخذ أرش ما نقص.

فصل: وإن كان النقصُ فى الرقيقِ، وهو العبد والجوارى - نَظَرْتَ:

فإنْ لم يكنْ لما نقص أرشٌ مقدَّر؛ كذهاب بكارة الجارية بالوَطْء، أو بغير الوطء، والجنايات التى ليس لها أرش مقدَّر، وهى التى قبل الموضحة - ردَّ المغصوب على الغاصبِ وأرش ما نقص؛ وكذلك إذا كانتِ الجاريةُ ناهدةَ الثدْيِ؛ فسقط ثدياها، ونقصَتْ قيمتها بذلك، أو كان العبد شابًّا أسوَدَ اللِّحْيَةِ، فابيضَّتْ

لحيته، ونقصت قيمته بذلك - ردّه على المغصوب منه وأرش ما نقص؛ لأنه نقصان ليس فيه أرشٌ مقدَّر؛ فضمن بما نقص؛ كالثوب إذا تخرَّق.

فصل: وإن كان للنقص أرشٌ مقدَّر؛ كذهاب اليد أو الرِّجْل أو العين، ونحو ذلك - نظَرْتَ:

فإن كان ذهَبَ من غير جناية، ردَّه على المغصوب منه وما نقص من قيمته بتلفِهِ.

ومن أصحابنا من قال: يردُّه وما يجبُ فيه بالجناية.

والمذهب الأوَّل؛ لأن ضمان اليد فى الرقيقِ كضمان سائر المالِ؛ ولهذا إذا مات حَتْفَ أنفه، لا يجبُ فيه القصاصُ، ولا تتعلَّق به الكفَّارة فى النفسِ؛ فلم يجبْ فيه أرش مقدَّر؛ كضمان البهائم.

فصل: وإن ذهب بجناية بأنْ غصبه، ثمَّ قطع يده: فإنْ قلنا: إنَّ ضمانه باليد كضمانه بالجناية، وجَبَ عليه نصف القيمة.

وحكى عن مالك: أنه قال: يجبُ بالجناية أرش ما نقصَ من القيمة، إلا فى الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة.

دليلنا: هو أن اليد فى الجناية تضمن بنصف بدلِ النفسِ، فضمنها بنصف قيمته؛ ولأنَّ كلَّ جناية تقدَّرت من الحر، تقدَّرتْ من العبد؛ كالموضحة.

وإن قلنا: إنَّ ضمان الرقيق ضمانُ المال، وجب عليه ردُّه أكثر الأمرَيْنِ من نصف القيمةِ وأرش ما نقَصَ من قيمته؛ لأنَّه وجد فيه: اليد، والجناية؛ فوجب أكثرهما، وسواءٌ فى ذلك القِنُّ وأم الولد.

وقال أبو حنيفة: أمُّ الولد لا تضمن باليد.

دليلنا: هو أنَّ ما ضمن الجناية بالقيمة، ضمن باليد؛ كالقن.

قالوا: أمُّ الولد لا تجرى مجرى المال؛ ولهذا لا يتعلَّق بها حقُّ الغرماء؛ فأشبهت الحرّ.

قلنا: الحر لا يضمنُ فى الجنايةِ بالقيمة وأمّ الولد تضمن بالقيمة؛ فافترقا.

فصل: وإن غصب عبدًا يساوى مائة، ثمَّ زادَتْ قيمته؛ فصار يساوى ألفًا، ثمَّ قطع يده، لزمه خمسمائة؛ لأنَّ زيادة السوق مع تلف العين مضمونة، ويد العبد كنِصْفه؛ فكأنه بقطع اليد فوَّت نصفه؛ فضمنه بزيادة السوق.

فصل: وإن غصب عبدًا، وقطع يدَيْه أو رِجلَيْه، أو فقأ عينَيْه، ضمنه بجميع قيمته

مع ردِّه إلى المالكِ؛ وبه قال أحمد.

وقال أبو حنيفة[1] : هو بالخيار بين أن يأخذ العبد ولا شىء له، وبين أن يتركه ويطالبه بجميع قيمته.

دليلنا: هو أنه جناية على ملك غيره؛ فلم يكن من شرط أخذ البدلِ ترك المجنىّ عليه؛ كما لو قطع إحدَى يدَيْه.

قالوا: لو قلنا: إنه يملك العين والقيمة، جمعنا بين البدل والمبدل فيما يصحُّ نقل الملك فيه، وهذا لا يجوز؛ كما قلنا فى اليد، وكما قلنا فيمن استولَدَ جارية ابنه، وغرم قيمتها.

قلنا: القيمةُ ليسَتْ بدلًا عن العبد، وإنما هى بدل عن اليدَيْن، إلا أنه قدر ببدل النفس؛ كما قدر بدل اليدَيْن فى دية الحر بِبَدَلِ النفس، وكمهرِ المرأة قدّر بمهر مثلها، وما لا يتقدَّر أرشه من الحر يعتبرُ بقيمة العبد؛ فلا يكون جمعًا بين البَدَل والمبدلِ.

ويخالف ما قاسوا عليه، فإن هناك المأخوذ بدل عن العبد والجارية؛ فلم يجمعْ بينهما، ولأنَّ هناك لا يجوزُ أنْ يجمع بين نصف العينِ ونصف البدلِ، وهو إذا باع نصفه، أو استولَدَ جارية بينهما، وهاهنا: يجوز أن يجمع بين العين ونصف البدلِ، وهو إذا قطع إحدى اليدَيْنِ؛ فجاز أن يجمع بين العين وجميع البدل.

فصل: وإن غصب جارية، ومضَى عليها زمانٌ؛ يمكن فيه الوطء، ولم يطأها، لم يلزمْهُ المهر؛ لأن الغصب لا يمنعُ من تصرُّف المالك فى البضعِ بالتزويجِ، فلا يلزمُهُ ضمانه بالمهر، ولأنَّ البضع لا يتلَفُ إلا بالاستيفاءِ؛ بخلاف منافع الخدمة؛ لأنه لا يملك التصرُّف فيها بالإجارة من غيرِ الغاصبِ، وتتلف بمضىِّ الزمان، وإن وطئها فيما دون القبل أو الدبر، ردَّها، ولا شىء عليه فى ذلك مع الإثم.

فصل: وإن وطئها الغاصبُ، قال فى «الإيضاح»: فى القبل أو الدبر - نظَرْتَ: فإن كانا جاهلَيْن بالتحريم بأن كانا قريبَىِ العهد بالإسلام، أو نشأا فى بادية بعيدة عن أمصار المسلمين، فلا حَدَّ عليهما؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال: «ادْرَءُوا الحُدُودَ

---

(١) قال فى رد المحتار (٦/ ٦٢٠): (فقأ) رجل (عينى عبد) خير مولاه: إن شاء (دفع مولاه عبده) المفقوء للفاقئ (وأخذ) منه (قيمته) كاملة، (أو أمسكه ولا يأخذ منه النقصان، وقالا: له أخذ النقصان .

بِالشُّبُهَاتِ»[١] ويجبُ عليه المهر؛ لأن كل وطء سقَطَ فيه الحدُّ للشبهة، وجب فيه المهر.

وإن كانتْ بكرًا، وجَبَ أرش الافتضاض مع المهر؛ لأنه ينفردُ عنه بالجناية، وهو إذا أزالها بإصبعه، فإن حملت منه، لحقه نسب الولد لأجْلِ الشبهة، وينعقد حرًّا؛ لأنه اعتقد أنه ملكها بالغصب ويلزمه قيمته وقتَ انفصالِهِ حيًّا للسيِّد؛ لأنه أتلف عليه رقّه باعتقادِهِ، وهو أول وقت الحيلولةِ بينه وبين السيِّد، فإن ألقته ميتًا، لم يلزمه قيمتُهُ؛ لأنه لا تعلم خيانة قبل ذلك، ولأنه لم يحل بينه وبينه.

فإنْ ضرب أجنبيٌ بطنها، فألقته ميتًا، وجب عليه غُرَّة: عبد أو أمة، بقيمة نصف عشر دية الحر؛ لأنه أتلف جنينًا حرًّا، ويكون للمغصوب منه على الغاصب عشر قيمة أمه؛ لأن فى جنينِ الأمة عشر قيمة الأمّ، والغاصب باعتقادِهِ أتلف ذلك عليه، فإن كان عشر قيمة الأمّ أكثر من نصفِ عُشْر الدية، كان تمامُ ذلك على الغاصبِ، وله الرجوع على الضاربِ بعُشْر الدية وإن كان نصف عُشْر الدية [أكثر] كان الباقى له ميراثًا.

وإن ضرب الغاصبُ بَطْنها، فألقَتْهُ ميتًا، فقد قيل: ينبغى أن يجبَ عليه عشر قيمة أمه - أيضًا - لأنه يضمنُ بالجناية ما يضمنه الأجنبىّ بالجناية، ثم ينظر: فإن كانت الجاريةُ باقيةً، وجب ردُّها وأرش ما نقص بالولادة مع ذلك إن كانَتْ نقصت بها، وأجرة المنافع التى تلفَتْ فى يده.

وإن كانت تالفةً، وجب عليه قيمتها أكثَر ما كانتْ قيمة من حين الغصبِ إلى حين التلفِ، ويدخل فيه أرش البكارةِ ونقصانها بالولادة؛ لأنَّا قوَّمناها فى أكثر أحوالها.

وإن وطئها وهُمَا عالمانِ بالتحريم - نظَرْتَ:

فإنْ وطئها وهى مكرهةٌ - وجَبَ عليه الحدُّ دونها، ووجَبَ عليه المهر، وإن كانت غير مكرهة، وجب عليها الحد - أيضًا - وفى المهر وجهان:

أحدهما وهو المذهب: أنه لا يجبُ؛ لأنَّ النبىّ ﷺ: «نَهَى عَنْ مَهْرِ البَغِيّ»[٢]، وهذه بغىٌ؛ فلم يجبْ به المهر.

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.

ومن أصحابنا من قال: يجبُ عليه المهر؛ لأنَّ المهر حقٌّ للسيد؛ فلا يسقطُ ببذلها؛ كما لو أذنتْ في قطع يدها.

وإن كانتْ بكرًا، وجبَ عليه أرش البكارة، سواء كانت مكرهةً أو غير مكرهة؛ لأنه بدلُ جزء منها؛ فوجبَ عليه.

وإن حملَتْ منه، انعقد الولد مملوكًا لسيِّد الأمة، ولم يلحق الواطئ نسبه؛ لأنه وطء زنا، فإنْ وضعته حيًّا، وجب تسليمه مع الأمّ وأرش ما حصل مِنَ النقص بالولادة، إن كانت نقصَتْ بها [و] أجرة منافعها.

وإن وضعته ميتًا، فالذى نقله المزنى: أنه يجبُ عليه قيمته.

وقال أبو إسحاق المروزى: لا يجب عليه.

وتوجيههما يأتى، إن شاء الله وبه الثقة.

وإن ماتت الجارية، وجب عليه قيمتها أكثرَ مَا كانت قيمة من حين الغصبِ إلى حينِ التلفِ، ويدخل فيه أرش البكارة والنقصان بالولادة، وإن ضرب أجنبيٌ بطنها، فألقته ميتًا، وجب عليه عشر قيمة الأم، وكان للمغصوبِ منه، وإن كان أحدهما عالمًا بالتحريم، والآخر جاهل - نظَرْتَ:

فإن كان الغاصبُ عالمًا، وهى جاهلةٌ - وجَبَ عليه الحد دونها، ووجَبَ عليه المهر، وبقيَّة الأحكام؛ كما كانا عالِمَيْن.

وإن كان الغاصبُ جاهلًا، وهى عالمةٌ - وجب عليها الحدُّ، وفى وجوب المهر الوجهان فيه إذا كانا عالمين وباقى الأحكام على ما ذكرناه إذا كانا جاهلَيْنِ.

فصل: قد ذكرنا أنّه إذا غصب جاريةً، فوطئها وأحبلها، وولدَتْ فى يده، ونقصَتْ قيمتها بالولادة: أنه يجبُ عليه ردُّها، ورد ولدها، وأرش النقصان بالولادة.

وقال أبو حنيفة[1]: لا يجبُ عليه أرشُ النقصان؛ بل يجبره الولد.

---

(١) قال فى بدائع الصنائع (١٥٦/٧): حبل الجارية المغصوبة، بأن غصب جارية فحبلت فى يده: فإن كان المولى أحبلها فى يد الغاصب فلا شىء على الغاصب؛ لأن النقصان حصل بفعل المولى، فلا يضمنه الغاصب، كما لو قتلها المولى فى يد الغاصب، وكذلك لو حبلت فى يد الغاصب من زوج كان لها فى يد المولى؛ لأن الوطء من الزوج حصل بتسليط المولى فصار كأنه حصل منه أو حدث فى يده . وإن حبلت فى يد الغاصب من زنا أخذها المولى وضمنه نقصان الحبل

دليلنا: هو أنَّ الولد مال للمغصوبِ منه؛ فلا يجبر النقصان الحادث فى يد الغاصبِ؛ كسائر أمواله، ولأنه نقص حصَلَ بالولادة؛ فلا يجبره الولد؛ كالموت.

قالوا: الولد موجب ما أوجبت الجناية؛ فجبر النقص كالأرش.

قلنا: الولد غير الموجبِ لما أوجبَتِ الجناية؛ لأنَّ الجناية حصَلَتْ بالولادةِ، والولد حصَلَ قبل ذلك، والأرش مالٌ للغاصب بإزاء الجناية فجبرها، والولد للمغصوب منه؛ فلم يجبرها.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وإن نقصت العين، ولم تنقص القيمة؛ نظرت: فإن كان ما نقص من العين له بدل مقدر، فنقص، ولم تنقص القيمة، مثل أن غصب عبدًا، فقطع أنثييه، ولم تنقص قيمته، أو غصب صاعًا من زيتٍ فأغلاه، فنقص نصفه، ولم تنقص قيمته؛ لزمه فى الأنثيين قيمة العبد، وفى الزيت نصف صاعٍ؛ لأن الواجب فى الأنثيين مقدر بالقيمة، والواجب فى الزيت مقدر بما نقص من الكيل، فلزمه ما يقدر به.

وإن كان ما نقص لا يضمن إلا بما نقص من القيمة، فنقص ولم تنقص القيمة؛ كالسمن المفرط إذا نقص، ولم تنقص القيمة؛ لم يلزمه شىء؛ لأن السمن يضمن إلا بما نقص من القيمة، ولم ينقص من القيمة شىء، فلم يلزمه شىء.

واختلف أصحابنا فيمن غصب صاعًا من عصيرٍ فأغلاه، ونقص نصفه، ولم تنقص قيمته، فقال أبو على الطبرى: يلزمه نصف صاعٍ، كما قلنا فى الزيت.

وقال أبو العباس: لا يلزمه شىء؛ لأن نقص العصير باستهلاك مائيةٍ ورطوبةٍ لا قيمة لها، وأما حلاوته فهى باقية لم تنقص، ونقصان الزيت باستهلاك أجزائه، ولأجزائه قيمة، فضمنها بمثلها.

(فصل) وإن تلف بعض العين، ونقصت قيمة الباقى، بأن غصب ثوبًا تنقص قيمته بالقطع، فشقه بنصفين، ثم تلف أحد النصفين، لزمه قيمة التالف، وهو قيمة نصف الثوب أكثر ما كانت، من حين الغصب إلى حين التلف، ورد الباقى وأرش ما نقص؛ لأنه نقص حدث بسببٍ تعدى به، فضمنه.

فإن كان لرجلٍ خفان قيمتهما عشرة، فأتلف رجل أحدهما، فصار قيمة الباقى درهمين؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه درهمان؛ لأن الذى أتلفه قيمته درهمان.

والثانى: تلزمه ثمانية - وهو المذهب - لأنه ضمن أحدهما بالإتلاف، ونقص قيمة الآخر بسببٍ تعدَّى به، فلزمه ضمانه.

(فصل) فإن غصب ثوبًا فلبسه وأبلاه، ففيه وجهانِ:

أحدهما: يلزمه أكثر الأمرين من الأجرة، أو أرش ما نقص؛ لأن ما نقص من الأجزاء فى مقابلة الأجرة، ولهذا لا يضمن المستأجر أرش الأجزاء.

والثانى: تلزمه الأجرة وأرش ما نقص؛ لأن الأجرة بدل للمنافع والأرش بدل الأجزاء، فلم يدخل أحدهما فى الآخر؛ كالأجرة، وأرش ما نقص من السمن.

(الشرح) قوله: «قَطَعَ أُنْثَيَيْهِ»[1] ، أى: خُصْيَيْهِ، لا تُستعمل مفردة، وخُصتا بالتسمية بذلك؛ لمضادتهما الذَّكَرَ حين سُمِّى بذلك.

الأحكام: إن نقصتِ العين المغصوبة، ولم تنقصِ القيمة نظَرْتَ:

فإنْ كان ما نَقَصَ من العَيْنِ له بدل مقدَّر فى الشرع، فنقص ولم تنقص القيمة؛ مثل أن غصب عبدًا فقطع أنثييه، ولم تنقصْ قيمته، أو غصب صاعًا من الزيتِ، أو مِنْ دهن غيره فأغلاه، فنقص نصفه، ولم تنقص قيمته - لزمه فى الأنثيين قيمةُ العبد مع رد العبد، وفى الزيت نصف صاع مع النصف الباقى؛ لأن الواجب فى الانثيين مقدر بقيمة العبد، والواجبَ فى الزيت مقدَّر بما نقص من الكيل؛ فلزمه ما قدَّره؛ لأن الزيادة منه حصلَتْ بالصنعة والأَثَر؛ فأشبه إذا غصب نقرة؛ فضربها دراهم؛ فنقص نصفها، وزادتْ بالضرب قيمتها.

وإن كان ما نقص لا يضمنُ إلا بما نقص مِنَ القيمة، فنقص، ولم تنقص القيمة، كالسمن المفرط فى الجارية إذا نقص، ولم تنقص القيمة، أو زادتْ قيمتها - لم يلزمه مع ردِّها شىء؛ لأنَّ السمن يضمن بما نقصَ مِنَ القيمة، ولم ينقصْ من القيمة شىء، فلم يلزمْهُ مع ردِّها شىء.

ويخالف قطع الأنثيين، حيث قلنا: يجبُ فيهما القيمة مع الردِّ؛ لأن الشرع قد قدَّر الواجب فيهما بذلك، وهاهنا بخلافه.

وإن نقص بالغلى قيمته دون عينه بأنْ تغيَّر بالغلى طعمه أو لونه، فنقصَتْ قيمته،

---

(١) ينظر النظم (٢/ ٢١، ٢٢) .

وجب عليه ردُّه، وما نقص مِنْ قيمته؛ كما لو خرق الثوب، وإن نقصَتْ به العين والقيمة، مثل أن عاد إلى نصفِ صاعٍ، وعاد إلى نصفِ القيمةِ، لزِمَهُ نصفُ صاع مع زيته، ورد ما بقى من نقصان القيمة.

فصل: اختلف أصحابنا فيمن غصب صاعًا مِنْ عصير، فأغلاه، فنقص نصفه، ولم تنقص قيمته:

فقال أبو على الطبريُّ: يلزمه نصف صاع مثل عصيره، مع رد ما بقى؛ كما قلنا فى الزيت.

وقال أبو العباس بن سريج: لا يلزمه شيء مع رد ما بقى؛ لأن نقص العصير باستهلاك مائية رطوبته، ولا قيمة لهذا، وأمَّا حلاوته: فهى باقية، ولم تنقص، ونقصان الزيت باستهلاك أجزائه، ولأجزائه قيمةٌ؛ فضمنها بمثلها.

فصل: وإن تلف بعض العين، ونقصت قيمة الباقى بأنْ غصب ثوبًا تنقص قيمته بالقطع، فشقه نصفَيْن، ثم تلف أحد النصفَيْن - لزمه قيمة التالف أكثر ما كانَتْ من حين الغصب إلى حين التلفِ، ورد الباقى، وأرش ما نقص؛ لأنه نقص حدث بسبب تعدّى به؛ فضمنه.

فصل: وإن كان لرجل خفان، أو مصراعا باب، وقيمتهما عَشرة دراهم، فأتلف رجل أحدهما؛ فصار قيمة الباقى درهمَيْن، ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه درهمان؛ لأن الذى أتلفه قيمته درهمان على الانفرادِ؛ فلم يلزمه أكثر من ذلك.

والثانى: يلزمه ثمانية دراهم، وهو المذهب؛ لأنه ضمن أحدهما بالإتلافِ، ونقصَتْ قيمة الآخر بسبب تعدى فيه؛ فلزمه ضمانه؛ ألا ترى أنه إذا قطَعَ إصبع رجل، فشَلَّتْ أخرى إلى جنبها، لزمه أرشهما جميعًا، وإن كان فعله فى إحدى الإصبعَيْن.

فصل: وإن غصب ثوبًا، فلبسه وأبلاه، ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه أكثر الأمرَيْن من الأجرةِ أو أرشِ ما نقَصَ من قيمته؛ لأنَّ ما نقص من الأَجْزاء فى مقابلة الأجرة، ولهذا لا يضمنُ المستأجر أرشَ الأجزاء.

والثانى: يلزمه الأجرة وأرش ما نقص مِنْ قيمته؛ لأن الأجرة بدلُ المنافع،

والأَرْش بدل ما تلف من الأجزاء؛ فلم يدخل أحدهما فى الآخر كالأجرة فى الجارية، وأرش ما نقص من السمن.

فإن كان حين غصبه يساوى عشَرَة دراهم، فلبسه وأبلاه، فصار يساوى خمسة دراهم، ثم زادت قيمته فصار يساوى عشَرَة دراهم:

قال أبو بكر بن الحداد: يقوَّمُ القميص، وليس بلبيس فى هذا الوقت، ويلزمه ما بين القيمتَيْن وأجرة مثله؛ فعلى هذا: يلزمه مع ردِّه، والأجرة عشرة دراهم؛ لأنه لو كان القيمصُ بحاله، كان يساوى عشرين، واللبيس بعشرة، فلزمه رده وعشرة دراهم معه والأجرة.

قال أصحابنا: وهذا لا يصحُّ، وإنما يلزمه رده وخمسة دراهم معه، وهو الذى نقص باللبس؛ لأن زيادة السعر بعد تلف أجزاء القميص لا اعتبارَ بها؛ ألا ترى أنه لو غصب قميصًا يساوى عشَرَة دراهم، فتلف فزاد السعر، حتى لو كان باقيًا، كان يساوى عِشْرين، لم تلزمْهُ الزيادة، حيث حصَلَتْ بعد تلفه، وعلى هذا إذا غصب ثوبًا، ولبسه وأبلاه، ثم ترك اللبس زمانًا، فارتفعَتْ قيمة ذلك الجنس من الثياب، كان عليه أن يردَّه، ويردَّ معه أجرة المثل للمدَّة التى بقى فى يده، وما نقص من قيمته يوم غصبه، وقيمته يوم تناهى البلى، ولا تعتبر زيادة القيمة بعد البلى؛ كما لا تعتبر زيادة قيمة العين المغصوبة بعد التَّلَف.

فأمَّا إذا غصب قميصًا يساوى عشَرَة دراهم، ردّه وردَّ معه العشرة؛ لأنه يلزمه أكثر ما كانَتْ قيمته من يوم الغصبِ إلى يوم التلفِ.

وإن غصب ثوبًا ملبوسًا، وبقى فى يده مدّة لمثلها أجرةٌ، ولم ينقصْ شىء من أجزائه، بأنْ لم يلبسْهُ لزِمَهُ ردُّه وأجرة مثله إن كان لمثله أجرة.

وإن نقص شىء من أجزائه بغير الاستعمالِ، لزمه ردُّه وأرش ما نقص وأجرة مثله للمدَّة التى بقى فى يده إن كان لمثله أجرة، وإن غصَبَ ثوبًا تنقصُ قيمته بالنشر؛ كالشاهنجانى، فنشره، ثم ردَّه فى الحال لزمه مع ردِّه أرش ما نقَصَ؛ كما لو خَرَقه.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وإن نقصت العين، ثم زال النقص بأن كانت جاريةً سمينةً، فهزلت ونقصت قيمتها، ثم سمنت وعادت قيمتها؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يسقط عنه الضمان - وهو قول أبى على بن أبى هريرة - لأنه زال ما أوجب الضمان، فسقط الضمان، كما لو جنى على عينٍ فابيضت، ثم زال البياض.

والثانى: أنه لا يسقط - وهو قول أبى سعيد الإصطخرى - لأن السمن الثانى غير الأول، فلا يسقط به ما وجب بالأول، وإن سمنت ثم هزلت، ثم سمنت ثم هزلت؛ ضمن أكثر السمنين قيمةً - فى قول أبى على بن أبى هريرة - لأن بعود السمن يسقط ما فى مقابله من الأرش، ويضمن السمنين فى قول أبى سعيدٍ؛ لأن السمن الثانى غير الأول، فلزمه ضمانهما.

(الشرح) قوله: «فابيضت» أى: فقدت الإبصار وقد يحدث البياض نتيجة ظهور المياه البيضاء فى عدسة العين؛ فتصيبها بالعتامة فتحجب الرؤية.

قوله: «سَمِنَتْ ثُمَّ هُزِلَتْ»، هُزِلَتْ بضم الهاء وكسر الزاى، على ما لم يُسم فاعله تُهْزَلُ، ولا يقال بالفتح.

الأحكام: إن نقصَتِ العين، ثم زال النقص بأنْ كانتْ جارية سمينةً حين غصبها، وهى تساوى مِائتَىْ دينارٍ، فهزلَتْ فى يده، ونقصَتْ قيمتها، وصارت تساوى مائة دينار، ثم سمنت وعادَتْ قيمتها إلى مائتَيْن، ففيه وجهان:

أحدهما: يسقط عنه الضمان؛ وهو قولُ أبى على بن أبى هريرة؛ لأنه زالَ ما أوجَبَ الضمان؛ فسقط الضمان؛ كما لو جنى على عينٍ، فابيضَّتْ، ثم زال البياض.

والثانى: لا يسقطُ؛ وهو قول أبى سعيد الإصطخرىّ، وهو الأصحُ؛ لأنَّ السمن الثانى غير الأوَّل؛ فلا يسقط به ما وجب بالأوَّل.

وإن كانت المسألة بحالها، ثم هزلَتْ بعد السمن الذى حدَثَ عنده، ثم سمنت، ثم هزلت . ضمن أكثر السمنَيْن قيمةً فى قول أبى على بن أبى هريرة؛ لأن بعود السمن: سقَطَ ما فى مقابلته من الأرشِ على قوله، ويضمن السمنَيْن فى قول أبى سعيد الإصطخرى؛ لأن السمن الثانى غير الأوَّل؛ فلزمه ضمانهما.

وإن غصبها وهى صحيحة تساوى مائة، أو مريضة فصحَّتْ عنده؛ فصارتْ تساوى مائة، ثمَّ مرضت فصارت تساوى خمسين، ثم صحت فصارتْ تساوى مائة:

فعلى قول أبى على: يسقط عنه الضمان.

وعلى قول أبى سعيد: لا يسقط.

وإن غصبها مريضة، وهى تساوى خمسين، فصحَّتْ، فصارت تساوى [مائة]، ثم عادت إلى صفتها الأولى، ثم برئت، فصارَتْ تساوى مائة، فهو على الوجهَيْن.

وإن غصبها، وهى زمنة، ثمَّ ذهبت إحدَى عينيها، وبرئت من الزمانة، قوِّمَتْ صحيحة لا زمانة بها، ولا عور، ثم عوراء غير زمانة، وضمن ما بين القيمتَيْن.

فصل: وإن غصب جاريةً تساوى مائةَ دينار، ثم علَّمها سورة من القرآن، أو صنْعةً، فزادتْ قيمتها، ثم أنسيتْ ذلك، فرجعَتْ قيمتها إلى مائةٍ - لزمه ردُّها ورد ما نقص من قيمتها بالنسيانِ. فإنْ عادت وتعلَّمتِ السورة أو الصنعة، ففيه وجهان:

قال أبو العباس بن القاصِّ: يردُّها، ولا يلزمه لذلك شئ.

ومن أصحابنا من قال: هو كالسمن؛ فيكونُ على الوجهَيْن.

قال القاضى أبو الطيب الطبرىُّ فى «شرح الفروع»: وهذا لا يصح؛ لأن السمن الثانى غير الأوَّل، والقرآن المحفوظ ثانيًا هو الأوَّل؛ فلم يتلف فى يد الغاصب منها شئ قال: ووزان السمن أن تتعلَّم سورة أخرى؛ فترجع إلى قيمتها؛ فلا يسقطُ الضمانُ بذلك؛ لأن الثانى غير الأوَّل.

فصل: وإنْ غصبها وهى تساوِى مائة، فسمنت فى يده، فصارَتْ تساوى مائتَيْن، ثم تعلَّمَتْ صنعة، فصارت تساوِى ثلاثمائة، ثمَّ هزلَتْ ونسيتِ الصنعة، فعادت قيمتها إلى مائةٍ ردَّها ومعها مائتان؛ لأنَّ كلَّ واحدة من هاتَيْن الزيادتَيْن لو انفردت كانت مضمونة، فإذا اجتمعتا كانتا مضمونتين.

وإن غصبها وقيمتها مائة فسمنت، فبلغت قيمتها مائتين، ثم هزلت، فعادت قيمتها إلى مائة، وتعلَّمت صنعة، فبلغت قيمتها مائتين، ثم نسيتِ الصنعة، فعادت قيمتها إلى مائة، ثم سمنَتْ، فبلغت قيمتها مائتَيْن .: ردَّها ومعها مائة؛ لأنَّ إحدى الزيادتَيْن ليست من جنسِ الأخرى؛ فتكون الموجودةُ لصاحبها، والتى هلكت فى يدِهِ مضمونةٌ عليه.

وإن غصبها، وهى مهزولةٌ هزالًا حسنًا، فسمنت فى يده، ونقصت قيمتها بذلك. ردَّها، ولم يكنْ عليه شئ؛ لأنه لم يحصلْ بما فى يده نقص فى الخلقة من جهة العُرْف والعادة.

قال أبو العباس فى «التلخيص»: ولو غصبها وهى تساوى مائةً، فزاد السعر، فصارت تساوى ألْفًا، ثم نقص السعر، فصارت تساوى مائةً، ثم سمنَتْ فصارت

تساوى ألفًا، ثمَّ هزلَتْ، فصارت تساوى مائةً. ضمن. زيادة البدن، ولا يضمن زيادة السوق فيردّها ويردّ معها تسعمائة؛ وهى قيمة السمن؛ لأنَّ زيادة السُّوق لا تضمن مع رَدِّ العين، فإن ماتت فى يد الغاصب - لزمه ألفٌ وتسعمائة؛ وإن غصبها وهى تساوى مائةً فزاد السعر، فصارت تساوى ألفًا، ثم نقص السعر فصارت تساوى مائة، ثم ماتتْ - لزمه أكثر ما كانت قيمتها، وهو الألف.

[وإن غصبها وهى تساوى مائةً، فزاد السعر، فصارتْ تساوى أَلْفًا، ثمَّ نقص السعر، فصارتْ تساوى مائة، ثمَّ زاد السعر، فصارت تساوى ألفًا، ثم نقص السعر، فصارت تساوى مائة، ثم ماتتِ الجارية - لزمه أَلْفٌ؛ لأنَّ الواجب على الغاصب أكثر ما كان قيمتها] مع عدمها، والأكثر هو الأَلْف، وإن كان قد زاد ونقص؛ لأنه فى كلِّ مرة منها لم يزدْ على ألف واحدة؛ فلم يجبْ أكثر منها.

ويخالفُ مسألة السمن، حيث قلنا: يلزمه ألف وتسعمائة؛ لأن هناك: يلزمه قيمة السمن التالف مرتَيْن، هاهنا: يلزمه قيمتها أكثر ما كانتْ من حين الغصب إلى حين التلف؛ وذلك هو الألف.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وإن غصب عبدًا، فجنى على إنسانٍ فى يد الغاصب؛ لزم الغاصب ما يستوفى فى جنايته.

فإن كانت الجناية على النفس فأقيد به، ضمن الغاصب قيمته؛ لأنه تلف بسببٍ كان فى يده، فإن كان فى الطرف فأقيد منه، ضمن.

وفى الذى يضمن وجهان:

أحدهما: أرش العضو فى الجناية.

والثانى: ما نقص من قيمته؛ لأنه ضمان وجب باليد لا بالجناية؛ لأن القطع فى القصاص ليس بجنايةٍ، وقد بينا الوجهين فيما تقدم.

فإن عفى عن القصاص على مالٍ، لزم الغاصب أن يفديه؛ لأنه حق تعلق برقبته فى يده، فلزمه تخليصه منه.

(الشرح) الأحكام: إن غصب عبدًا، فجنى على إنسان فى يد الغاصب. لزم الغاصبَ ما يستوفى فى جنايته.

فإنْ كانت الجناية [على النفس] فأقيد منه، ضمن الغاصب قيمته أكثر ما كانَتْ من

حين الغصب إلى حين التلفِ؛ لأنه تلف بسببٍ كان حدث فى يده، وإن كانتِ الجناية على الطَرفِ، فأقيد منه، ضمن، وفى الذى يضمن وجهان:

أحدهما: أنه يضمن أرش العضو فى الجناية.

والثانى: يضمن ما نقص من قيمته بذلك، سواء كان أقلَّ من أرشِ الجنايةِ أو أكثر؛ لأنه ضمانٌ وجَبَ باليد، لا بالجناية؛ لأنَّ القطع فى القصاصِ ليسَ بجنايةٍ، وإنَّما هو اقتصاصٌ وقد بيَّنا الوجهَيْن فيما تقدَّم.

وإن عفى عن القصاص على مالٍ، لزم الغاصبَ أن يفديَهُ؛ لأنه حق تعلَّق برقبته فى يده؛ فلزمه تخليصه منه، ويلزمه أن يفديه بأقلّ الأمرَيْن من أرش الجناية أو قيمة العبد؛ لأنَّ الأرش إن كان أقلَّ، فلا يكون للمجنىّ عليه أكثر منه، وإن كان أكثر، فلا يجب على الغاصب منه أكثر مِنْ قيمة العبد؛ كما لا يجبُ على سيِّده إذا جنى، وهو فى يده أكثر من ذلك.

فإنْ جنى العبد جناية تزيدُ على قيمته فى يد الغاصب، رجع السيد على الغاصب بقيمتِهِ أكثر ما كانتْ من حين الغصب إلى حين التلفِ، فإذا قبضها من الغاصب، أخذ المجنىّ عليه قيمته من يد سيِّد العبد؛ لأن أرش الجناية كان متعلِّقًا برقبته، فإذا تلف، تعلَّق الأرش بقيمته؛ كالرهن إذا أتلفه أجنبىٌّ، فإنَّ الدين يتعلَّق بقيمة الرهن.

قال ابن الحداد: فإذا أخذها من السيّد، كان للسيد أن يرجع على الغاصبِ بقيمة العبد مرَّةً أخرى؛ لأن القيمة التى أخذها أوَّلًا، استحقَّتْ بسبب كان فى يد الغاصب؛ فكانت من ضمانه، فإنْ عفا الولىُّ عن القيمة، ولم يأخذها من السيد، لم يكن للسيد أنْ يرجعَ عليه مرة أخرى.

فصل: وإن جنى عبدٌ على رجلٍ جناية تستغرقُ قيمتَهُ، ثم غصبه رجل، فجنى العبد فى يد الغاصب على رجُلٍ جناية تستغرقُ قيمتَهُ، ثم أخذه السيِّد من الغاصب وباعه، ودفع إلى كل واحدٍ منهما نصْفَ ثمنه: فإنَّ للسيد أن يرجع على الغاصب بنصف ثمنه، وهو الذى دفعه إلى المجنىّ عليه فى يد الغاصبِ؛ فإنَّه وجد ذلك منه فى حالِ الغصبِ، والعبدُ مضمونٌ عليه؛ فإذا أخذه من الغاصب، كان للمجنىّ عليه أوَّلًا: أن يأخذ منه ما أخذه من الغاصب ليستوفى منه تمامَ قيمتِهِ، وكان أولَى به من المجنىّ عليه ثانيًا؛ لأن أرش الجناية على الأول تعلَّق بجميع الرقبة، وأرش المجنىّ عليه ثانيًا لم يتعلَّق إلا بالنصف، وليس للسيد أن يرجعَ بهذا على الغاصبِ؛ لأنَّ

استحقاقه بجناية كانتْ فى يده قبل الغصب.

وهكذا إذا ماتَ العبدُ فى يد الغاصبِ بعد الجنايةِ الثانية، فإنَّه يلزمه قيمتُهُ للسيِّد، فإذا قبضها السيِّد، لزمه أن يقسمها على المجنىّ عليهما نصفَيْن، ورجع على الغاصب بالنصف الذى دفع إلى المجنىّ عليه ثانيًا، فإذا أخذه منه، لزمه أن يدفعه إلى المجنىّ عليه أوَّلًا، ثم لا يرجع به على الغاصب؛ لما تقدَّم بيانه.

فصل: وإن كان العبد وديعةً فى يده، فجنى على رجل جِنايةً تستغرق قيمته، ثم إنَّ المودع قتَلَ العبد بعد الجناية - لزمه قيمتُهُ لصاحبه، فإذا دفع قيمته إليه، ثم أخذها المجنىُّ عليه، لم يرجعْ بها على المودع القاتل؛ لأن العبد جنَى، وهو غير مضمون - على المودع؛ فلم يتعلَّق عليه ضمان الجناية.

فصل: وإنْ غصب عبدًا، فقتله عبد لآخر قتلًا يوجبُ القصاص: فالسيِّد بالخيار بين أن يقتصَّ وبين أن يعفو، فإنِ اقتصَّ، لم يرجعْ على الغاصب بشىْء؛ لأنه استوفى بذلك نفس العبد المقتول، وليس له إلا بدلٌ واحد.

وإن عفى على مالٍ، كان له أن يطالبَ الغاصبَ، وأن يطالب سيِّد القاتل فإنْ طالب سيِّد القاتل، لزمه أقلّ القيمتَيْن من قيمة المقتول أو القاتل، فإنْ كانت قيمةُ المقتول أقلّ، فأخذها سيده، فقد استوفى حقَّه، ولا يرجع على الغاصب بشىء؛ لأنه قد استوفى فى بدل نفسه، ولا حقَّ له فى غيره، وإن كانتْ قيمة القاتل أقلّ وأخذها، رجع بالزيادة على الغاصبِ؛ لأنه يستحق على الغاصب جميع قيمة عبده، وإنْ طالب الغاصب، أخذ منه جميع قيمة المقتول بالغةً ما بلغت؛ لأنه ضمنه باليدِ، وللغاصبِ أن يرجع على سيِّد القاتل بأقلّ القيمتَيْن من قيمة المقتول أو قيمة عبده القاتل؛ لأن ذلك هو الواجبُ عليه.

فصل: إن غصَبَ عبدًا؛ فقَتَلَ العبدُ حرًّا عمدًا، ثم قتل هذا العبد القاتل عبدًا لرجل عمدًا - فلسيد المغصوب أن يقتل العبد القاتلَ بعبده، وليس لولى المقتول أن يمنعه من ذلك، ويجبره على أخذ المالِ؛ ليستوفى دية الحرِّ منه؛ كما إذا قتل عبد عبدًا مرهونًا، كان لمولاه أنْ يقتلَ العبد القاتل، وليس للمرتهنِ أن يمنعه من ذلك، وأن يطالبه بالعَفْو على مالٍ؛ ليكون رهنًا مكانه، فإنْ قتله، فلا شىْء له على الغاصب؛ لأنَّه أخذ بدل عبده، ولا شىْء لولىِّ الحر المقتول على الغاصب، ولا على المغصوب منه، ولا على سيِّد القاتل الثانى؛ لأنَّ حقَّه كان فى رقبة العبد

المغصوب، وقد هلك بالقَوَدِ؛ فصار كما لو مات حَتْف أنفه، فإنْ عفى عن القتل على القيمة، وجَبَ على سيِّد القاتل أقلُّ الأمرَيْن من قيمة المقتولِ أو القاتلِ: فإنْ كانت قيمة القاتل أقلَّ، كان له أن يرجع على الغاصب بما بقى من قيمة عبدِهِ، فإذا أخذ من سيد القاتل القيمة، كان لوليّ الحر المقتول أن يطالبه بالديَة منه، فإن كانت القيمةُ التى أخذها مقدار الدية أو أقلّ، أخذها، فإذا أخذها، كان له أن يرجع على الغاصبِ بقيمة المغصوبِ أكثَرَ ما كانَتْ من حين الغصب إلى حين التلف؛ لأنه استحقَّ بمعنًى وجد فى العبد، وهو مضمونٌ عليه؛ على ما مضى بيانه.

وإن أراد أنْ يعفو على غير مالٍ: فإن قلنا: إنَّ موجب قتلِ العمد أحد الأمرَيْن: القصاص أو المال، لم يكنْ له ذلك، فإذا عفا عن القصاص، ثبت المال، ولا يملك العفو عن المال؛ لأن المال قد ثبت بالعفو عن القصاص، وتعلَّق به الدية؛ فلا يصحُّ به الإبراء فيه، ولا هبته إذا قبضه، فإذا قبضه، كان لوليّ الحر أن يطالبه بأخذ الدية منه على ما تقدَّم بيانه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإذا زاد المغصوب فى يد الغاصب، بأن كانت شجرةً فأثمرت، أو جاريةٍ فسمنت، أو ولدت ولدًا مملوكًا، ثم تلف، ضمن ذلك كله؛ لأنه مال للمغصوب منه حصل فى يده بالغصبِ، فضمنه بالتلف؛ كالعين المغصوبة.

وإن ألقت الجارية الولد ميتًا، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع، كما لو كان حيًا - وهو ظاهر النص - لأنه غصبه بغصب الأم، فضمنه بالتلف؛ كالأم.

والثانى: أنه لا يضمنه - وهو قول أبى إسحاق - لأنه إنما يقوم حال الحيلولة بينه وبين المالك، وهو حال الوضع، ولا قيمة له فى تلك الحال، فلم يضمن، وحمل النص عليه إذا ألقته حيًا، ثم مات.

(الشرح) قوله: «حال الحيلولة»[1] هى فيعولة، مصدر من حال يحول بينه وبين الشىء، مثل القيلولة، من قال يقيل، والبيتوتة من بات يبيت، مصدر جاء على غير القياس.

---

(١) ينظر النظم (٢/ ٢٢).

الأحكام: إنْ غَصَبَ جاريةً حاملًا، أو بهيمةً حاملًا، فولَدَتْ في يده، ثم تلف الولد - وجَبَ عليه الضمان.

وقال أبو حنيفة: لا يضمنُ الولد.

دليلنا: هو أنه نماء ليس له، حصل في يده، من أصل مضمونٍ، بيدٍ متعدِّية؛ فضمنه؛ كولد الصيد في يد المحرِمِ.

وقولنا: «ليس له» احتراز منه إذا كان الولد موصى له به، ومات الموصى، فغصب الأمّ من الورثة، وولدَتْ في يده، ومات الولد؛ فإنه لا يضمنُ الولد؛ لأنه له.

وقولنا: «حصل في يده»: احتراز من الولد الحر؛ لأنَّ اليد لا تثبتُ عليه.

وقولنا: «من أصل مضمون عليه»: احترازٌ من ولد الوديعة.

وقولنا: «بيد متعدية»: احترازٌ من ولد العارية على أحد الوجهَيْن، ومن رجل جنَى على جارية لرجلٍ، وهي حاملٌ، فقطع شيئًا من أطرافها، ثم إنَّ صاحبها أودعه إيَّاها، فولدت في يد الجاني، وتلف الولد في يده، فإنَّه لا يضمنه؛ لأنَّ الأمَّ مضمونةٌ عليه بالجناية دون اليد، ولأنَّ غصب العين سبَبٌ لحصول الولد في يده، وهو متعدٍّ في السبب؛ فوجب عليه الضمان؛ كما لو حفَرَ بئرًا؛ فوقع فيها حيوان، ولأن ما ضمنه خارج الوعاء، ضمنه في الوعاء؛ كالدُّرَّة في الصَّدفة، ولأنه بعد الانفصال غاصبٌ له؛ فصار كما لو ابتدَأَ غصبه، قالوا: حصل في يده بغير فعله، وهلك بغير قوله، من غير توجُّه المطالبة ممَّن له حقُّ المطالبة؛ فلم يضمن؛ كما لو ألقَتِ الريحُ ثوبًا في دارِهِ.

قلنا: لا نسلِّم أنه حصل في يده بغير فعله، فإنه لو لم يمسك العين، لم يحصل، في يده.

ويخالف ما ألقته الريح، فإنَّ الدار ليستْ بسببٍ لحصولِ الثوب فيها؛ ألا ترَى أنَّ من بنى دارًا لذلك، لم يعدَّ عاقلًا، وإمساكُ العين لحصولِ الولد، ولهذا لو ألقتِ الريحُ صيدًا في يد المُحْرِمِ، لم يضمنه، ولو أمسكه حتى ولدت، ضمنه، ولأنَّ الثوب ليس من زوائد الدارِ، والحمل مِنْ زوائد العين؛ ولهذا لا يتبع الثوب الدار في العقد، والولد يتبع الأمَّ في العقد؛ فتبعها في الغصبِ.

قالوا: الغصب لا يكون إلا بثبوتِ اليد عليه، والحمل لا يثبتُ عليه اليد بثبوته

على الأمِّ؛ بدليل: إن كان عقدًا افتقرَ إلى القبضِ، لم يجزْ فى الحملِ؛ كالبيعِ، والهبة، والرهن؛ فلم يصرْ غاصبًا له.

قلنا: لا نسلِّمْ، بل ثبتَتْ عليه اليد بثبوتها على الأمِّ؛ بدليل إن كان عقدًا، افتقر إلى القبض؛ كالبيع والهبة والرهن، فثبت فى الحملِ على سبيلِ التبعِ، وإنما لا تصحُّ هذه العقود على الحمل منفردةً؛ لأنها لا تصحُّ مع الجهالة، ولهذا لا يلزمُ البيع فى الثيابِ فى الصندوقِ، ثمَّ يصحُّ غصبها؛ فهو كالوصيَّة والعتق.

قالوا: لو ثبت يده على الحمل، لضمنه إذا ألقته ميتًا.

قلنا: يضمنه فى أحد الوجهَيْن، وفى الآخر: لا يضمنه؛ لأنه لا قيمة له ما دام متَّصلًا بالأمِّ، ويجوز أن تثبت اليد على ما لا قيمَةَ له؛ كالكلب عندنا، والخمر عندهم، فإذا انفصل، ضمنه باليد المتقدِّمة.

فصل: وإن زاد المغصوبُ فى يد الغاصبِ بأنْ كانتْ شجرةً، فأثمرت، ثم تلِفَتِ الثمرة، أو جارية تساوى مائةً فسمنَتْ، فصارتْ تساوى ألفًا، أو تعلَّمَتْ صنعة، فصارت تساوى أَلْفًا، ثم هزلت أو نسيتِ الصنعة، فرجعَتْ قيمتها إلى مائةٍ، أو كانت حائلًا، فحملت، أو كانت بهيمة حائلًا فحملت فى يد الغاصبِ، ثمَّ تَلِفَ الولدُ - ضمن ذلك كلَّه؛ وبه قال أحمد.

وقال أبو حنيفة: يردُّ الأصل، ولا يضمن شيئًا من ذلك.

دليلنا: هو أنه زيادةٌ فى عين مضمونة لو أتلفها ضمنها؛ فضمنها بالتلف؛ كالزيادة الموجودة فى حالِ الغصبِ؛ ولأنَّ كلَّ زيادة لو كانَتْ موجودة فى حالِ الأخذِ، كانتْ مضمونة، فإذا حدثَتْ فى يده، كانتْ مضمونة لزيادةِ الصيدِ فى يد المحرم.

قالوا: زيادةٌ لم يتناوَلْها الغصبُ؛ فأشبه زيادةَ السُّوق.

والدليل على الوصف: أنَّ الوصف هو النقلُ، وذلك لم يوجَدْ فى السمن.

قلنا: لا نسلِّم؛ بل يتناولها الغصب، وهو الاستيلاد على وجه العدوانِ؛ ولهذا يأثَمُ بالاستدامةِ؛ كما يأثَمُ بالابتداء، ثمَّ يبطل به إذا طالبه فى حال السمنِ، فمنع الردَّ، ويخالف زيادة السوق؛ لأنَّها زيادة فى غير العين، وهذه زيادةٌ فى العين؛ فساوت العين فى ذلك.

فصل: فإنْ غصبها وهى حاملٌ أو حائل، فحملَتْ فى يده، ثمَّ ألقتِ الجاريةُ أو البهيمةُ فى يد الغاصبِ الولدَ ميتًا - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يضمنه بقيمته يومَ الوضعِ؛ كما لو انفصل منها حيًّا؛ وهو ظاهر النصِّ؛ لأنه غصبه بغصبِ الأمِّ على ما تقدَّم بيانه؛ فضمنه بالتلف؛ كالأمِّ.

والثانى: لا يَضْمنه؛ وهو قولُ أبى إسحاق المروزىّ؛ لأنَّه إنما يقوَّمُ حال الخيار له بينه وبين المالك؛ وهو حالُ الوضعِ، ولا قيمةَ له فى تلك الحال؛ فلم يضمنه، وحمل النصّ عليه إذا ألقَتْهُ حيًّا، ثمَّ مات.

فصل: فإذا كان المغصوبُ شجرةً، فأثمرت فى يده: فإن كانتِ الثمرةُ باقيةً، وجَبَ ردُّها مع الشجرة، وإن كانتْ تالفةً أو أَتْلَفها الغاصبُ: فإنْ تلفَتْ أو أتلفها، وهى رطبةٌ، ضمنها بقيمتها؛ لأنه لا مِثْلَ للرُّطَبِ من الفواكه.

وإنْ شمَّسها، فنقصت قيمتها بذلك، لزمه ردُّها وأرش النقص؛ لأنه نقص حصَلَ فى يده، وإن أتلفها بعد التشميس، لزمه مثلها مع أرش النقص الذى حصَلَ فيها بالشمس؛ كما كان عليه ردُّها مشمّسة مع أرشِ النقصِ.

وإن نقصت النخل بذلك، لزمه أرش نقصها بذلك، ولا يلزمه أجرة النخل وغيرها من الشجر؛ لأن منفعة النخل لا تضمنُ بالعقد؛ فلم تضمن بالغصب، ولأنَّ منفعتها أنْ تكونَ لها ثمرة، ولم يفوّت الغاصب ذلك عليه؛ لأن ثمرتها للمالك؛ بخلافِ منفعة الأرض.

فصل: وإن كان المغصوبُ جاريةً شابّة أو ناقةً أو بقرةً، فولدت: فإن كان الولد باقيا، وجب رده مع الأمّ، وكذلك لبنها وصوفها وشعرها ووَبَرها؛ إن كان باقيًا بحاله، ردَّه، وإن كان قد نقَصَ، ردَّه وأرش ما نقَصَ، وإن تلف ذلك، ردَّ قيمة الولد أكثَرَ ما كانَتْ قيمةً من وقت الوضع إلى وقت التلف، وردّ مثل اللبن والصوف والشعر والوبر؛ لأن له مثلًا، وإن كان قد عمل من اللبن: الجبن، والمصل وما أشبه ذلك - فإن لم يكن نقصت قيمته، رده ولا شيء عليه، وإن كانت قد نقصت قيمته، رد معه أرش النقص. فإن تلف رد قيمته وأرش النقص؛ لما مضى.

فصل: وإن غصب شاة، وأنزى عليها فحلًا؛ فحملت، كان الولد لمالك الشاة؛ لأن الولد يتبع الأم فى الملك.

وإن غصب فحلًا وأنزاه على شاة له فالولد للغاصب؛ لما ذكرناه. فإن نقص الفحل بذلك، كان عليه أرش النقص، ولا أجرة عليه للضراب؛ لنهيه ﷺ عن عسب

الفحل.

وإن غصب عبدًا فتزوج ولد الغاصب، ورزق أولادًا، لم يضمنهم الغاصب؛ لما ذكرناه فى البهيمة.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وإن غصب دراهم، فاشترى سلعةً فى الذمة، ونقد الدراهم فى ثمنها، وربح، ففى الربح قولان:

قال «فى القديم»: هو للمغصوب منه؛ لأنه نماء ملكه، فصار كالثمرة والولد، فعلى هذا يضمنه الغاصب إذا تلف فى يده؛ كالثمرة والولد.

وقال «فى الجديد»: هو للغاصب؛ لأنه بدل ماله، فكان له.

(فصل) وإن غصب عبدًا، فاصطاد صيدًا، فالصيد لمولاه؛ لأن يد العبد كيد المولى، فكان صيده كصيده، وهل تلزم الغاصب أجرة العبد للمدة التى اصطاد فيها؟ فيه وجهان:

أحدهما: تلزمه؛ لأنه أتلف عليه منافعه.

والثانى: لا تلزمه؛ لأن منافعه صارت إلى المولى.

وإن غصب جارحةً؛ كالفهد والبازى، فاصطاد بها صيدًا، ففى صيده وجهان:

أحدهما: أنه للغاصب؛ لأنه هو المرسل، والجارحة آلة، فكان الصيد له؛ كما لو غصب قوسًا فاصطاد بها، وعليه أجرة الجارحة؛ لأنه أتلف على صاحبها منافعها.

والثانى: أن الصيد للمغصوب منه؛ لأنه كسب ماله فكان له، كصيد العبد، فعلى هذا فى أجرته وجهان على ما ذكرناه فى العبد.

(الشرح) الأحكام: إن غصب دراهم واشترى سلعة فى الذمة، ونقد الدراهم فى ثمنها، وباع السلعة، وربح فيها - ففى الربح قولان:

قال فى القديم: هو للمغصوب منه، وبه قال مالك؛ لأنه نماء ملكه؛ فصار كالثمرة الحادثة فى يده والولد؛ فعلى هذا يضمنه الغاصب إذا تلف فى يده؛ كالثمرة والولد.

وقال فى الجديد: هو للغاصب؛ لأنه بدل ماله؛ لأن العقد له، لا لغيره، وإنما عليه قدر المال لصاحبه؛ فكان ذلك له.

وإن اشتراها بعين المال، فالبيع باطل على قوله فى الجديد؛ لما ذكرناه فى البيع.
وقال فى القديم: لرب المال أن يجيز ذلك البيع، ويأخذ المال والربح.
واختلف أصحابنا فى معناه: فقال القفال: هو على معنى إجازة البيع.
وقال أبو العباس وأبو إسحاق: هو على معنى المصلحة.
فصل: وإن غصب عبدًا فاصطاد صيدًا باختيارِهِ، أو قبل وصيَّة أو هبة - فالصيدُ وما قبله لمولاه؛ لأنَّ يد العبد كيد المولَى؛ فكان صيده كصيدِهِ، وقبوله لذلك كقبوله، وهل يلزمُ الغاصبَ أجرةُ العبد للمدَّة التى اصطاد فيها، فيه وجهان:
أحدهما: يلزمه؛ لأنه أتلف عليه منافِعَهُ.
والثانى: لا يلزمه؛ لأنَّ منافعه صارت إلى المولَى.
وهل يضمن الغاصبُ ذلك؛ كما يضمن العبد؟
قيل: لا يضمن إلا أن يحيلَ بين المولى وبين ذلك؛ بخلاف الولدِ؛ لأنَّ الولد بعضُ المغصوب على الحقيقة.
فإنْ أجبره الغاصب على الاصطيادِ، أو على قبول الوصيَّة أو الهبة: قال فى «الإيضاح»: فالهبة والوصية لا يحصلانِ لأجلِ الإكراهِ على القبولِ.
وأمَّا الصيد: ففيه وجهان:
أحدهما: أنه لمولى العبدِ.
والثانى: أنه للغاصب.
فصل: وإن غصب جارحةً؛ كالفهد، والبازى، واصطاد بها صيدًا، ففى صيده وجهان:
أحدهما: أنه للغاصب؛ لأنه هو المرسل، والجارحة آلةٌ، فكان الصيد له؛ كما لو غصب قوسًا، فاصطاد به؛ وعليه أجرة الجارحةِ؛ لأنه أتلف على صاحبِهِ منافعَهُ.
والثانى: أن الصيد للمغصوبِ منه؛ لأنه كسب ماله؛ فكان له كصيد العبدِ؛ فعلى هذا: فى وجوب أجرته على الغاصب فى مدة الاصطيادِ وجهان، على ما ذكرناه فى العبد.
وإن غصب كلْبَ صيد، فصاد به، فهو كما لو صاد بغيره من الجوارحِ؛ فيكون على الوجهَيْن:
أحدهما: أنَّ الصيد للغاصبِ.

والثانى: أنه لصاحب الكلب.

وأما أجرته: فإنَّا إنْ قلنا: إنَّ إجارته لا تجوزُ، فلا أجرة له، وإن قلنا: إنَّ إجارته تجوزُ، فهو على الوجهَيْن فى غيره من الجوارح.

وإنْ غصب شبكة، أو شَرَكًا، أو أحبولة، أو سفينةً، أو قوسًا، فاصطاد به - فالصيْدُ له، وعليه أجرة جميعِ تلك الآلة، وجهًا واحدًا.

فصل: فإن كان المغصوبُ عبدًا، فقتله المولَى فى يد الغاصب، أو أعتقه - سقَطَ عنه الضمان، وإن دبَّره، أو علَّق عتقه على صفةٍ، أو زوَّجه - لم يسقطْ عنه الضمان، وإن وقفه على أمرٍ عامٍّ؛ كقنطرة ونحوها - سقَطَ عنه ضمانه لسيِّده، وصار الضمان عليه للموقوفِ عليه، وإن كاتبه السيد: فإن كان مطلقَ التصرُّف: قال فى «الإيضاح»: صحت الكتابة، ثم ينظر:

فإن أدى، فعتق، كان سقوط الضمان عن الغاصب من حين الكتابة.

وإن عجز بان أن الضمان لم يسقط.

فصل: إذا دخل دارَ غيره، وصاحبُهَا فى الدار، بغير إذنه - لم يضمنها؛ لأن يد صاحبها عليها، فلم تثبتْ يده عليها.

وقيل: إن كان الداخلُ ضعيفًا، والمالكُ قويًّا - لم يضمنْ، وإن كان الداخلُ قويًّا، وقصد الاستيلاءَ، ضمن نصف الدار.

والمشهور هو الأوَّل.

وإنْ دَخَلَ دار غيره، وليس صاحبها فيها بغير إذنه - قال أصحابنا: لزمه ضمانه.

وإن دخل دار غيره بغير إذنه، والداخل يظنُّها دار نفسه: قال القاضى أبو الطيب الطبرى: ضمنها، أيضًا.

وقيل: لا يضمنُ.

وإن ركب دابَّةَ غيره بغير إذنِهِ، ولم ينقلها - فالذى يقتضيه المذهب: أنه يضمنها؛ كما لو جلس على بِساطٍ لغيره بغير إذنِهِ، فإنه يضمنه؛ على ما ذكره صاحبُ الكتاب فى النكتِ مع أبى حنيفة فى غَصْب العقارِ.

وقيل: لا يضمنُ حتى ينقلها، فإن نقلها من موضعها، ضمنها؛ لأن القبض فيها لا يحصل إلا بذلك؛ كما تقول فى قبضها فى البيع، وهذا يبطل بالبساطِ؛ فإنَّ قَبْضَهُ فى البيع بالنقل ويضمنه بالغصبِ من غير نقلٍ، ولو منع المودع الوديعة أو جحدها،

صار ضامنًا وإن لم ينقلْ.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وإن غصب عينًا، فاستحالت عنده، بأن كان بيضًا فصار فرخًا، أو كان حبًا فصار زرعًا، أو كان زرعًا فصار حبًّا؛ فللمغصوب منه أن يرجع به؛ لأنه عين ماله.

فإن نقصت قيمته بالاستحالة، رجع بأرش النقص؛ لأنه حدث فى يده.

وإن غصب عصيرًا، فصار خمرًا، ضمن العصير بمثله؛ لأنه بانقلابه خمرًا سقطت قيمته، فصار كما لو غصب حيوانًا فمات، فإن صار الخمر خلا، رده.

وهل يلزمه ضمان العصير مع رد الخل؟ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه؛ لأن الخل غير العصير، فلا يسقط برد الخل ضمان ما وجب بهلاك العصير.

والثانى: لا يلزمه؛ لأن الخل عين العصير، فلا يلزمه مع ردها ضمان العصير؛ فعلى هذا إن كانت قيمة الخل دون قيمة العصير، رد مع الخل أرش النقص.

(فصل) وإن غصب شيئًا، فعمل فيه عملًا، زادت به قيمته؛ بأن كان ثوبًا فقصره، أو قطنًا فغزله، أو غزلًا فنسجه، أو ذهبًا، فصاغه حليًا، أو خشبًا فعمل منه بابًا - رده على المالك؛ لأنه عين ماله، ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله؛ لأنه عمل تبرع به فى ملك غيره، فلم يشاركه ببدله.

(الشرح) الأحكام: إن غصَبَ عينًا، فاستحالَتْ عنده؛ بأنْ كانَ بيضًا، فجعله تحتَ دَجَاجة، فصار فرخًا أو كان حَبًّا فزرعَهُ، فصار زرعًا، أو كان زرعًا، فصار حبًّا، أو كان زيتونًا فعصره فصار زيتًا، أو سمسمًا فعصره فصار شيرجًا، أو قطيرًا فأغلاه، فصار دُبْسًا، فللمغصوب منه أن يرجعَ به؛ لأنه عين ماله.

فإنْ نقصت قيمته بالاستحالةِ، رجع مع أخذِهِ بأرشِ النقصِ؛ لأنه نقص حدَثَ فى يده.

وإن غصب خمرًا فصار خلًا بنفسه، لزمه ردُّه إليه، وإن تلف عنده، لزمه ضمانه خلًا.

وإن غصب عصيرًا، فصار خمرًا، لزمه إراقته، وضمن العصير بمثله مِنَ العصير؛

لأنه بانقلابه خمرًا سقطَتْ قيمته، فصار كما لو غصَبَ حيوانًا، فمات.

فإن لم يرقْهُ، فانقلب خلًا، ردَّه؛ لأنه عين ماله، وهل يلزمه ضمانُ العصير بمثله مع ردِّ الخل؟ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه؛ لأن الخلَّ غير العصير؛ لأن العصير تلف بكونه خَمْرًا؛ فلا يسقطُ بردِّ الخل ضمانُ ما وجَبَ بهلاكِ العصيرِ.

والثانى: لا يلزمه؛ لأنَّ الخلَّ عين العصير؛ فلا يلزمُهُ مع ردِّها ضمانُ العصير؛ فعلى هذا إذا كانتْ قيمةُ الخلِّ دون قيمة العصير، ردَّ مع الخل أرشَ ما نقَصَ من قيمة العصير.

فصل: ولمن غصَبَ شيئًا، فعمل فيه عملًا، زادت به قيمته بأنْ كان ثوبًا فقصره، أو قطنًا فغزله، أو غزلًا فنسجه، أو خُوصًا فجعل منه زِنْبيلًا، أو حديدًا فجعَلَ منه سِكِّينًا، أو ليفًا فجعل منه حبلًا، أو ذهبًا فصاغه حليًّا، أو ضربه دنانير، أو فضة فصاغها حليًّا، أو ضربها دراهم، أو خشبًا فجعَلَ منه بابًا -: ردَّه على المالك؛ لأنه عين ماله، ولا يشارك الغاصبُ المالكَ فيه ببدل عملِهِ؛ لأنه عمل تبرَّع به فى ملك غيره؛ فلم يشاركْهُ فيه ببدله.

وإن نقص شئ من عينه أو من قيمته، ضمنه الغاصبُ؛ لما ذكرناه فى أول البابِ.

فإن طلب الغاصبُ ردَّه إلى ما كان عليه، لم يكن له ذلك؛ لأنه ليس له فى شئ من ذلك فائدةٌ، وإنما هو إعناتٌ وإضرارٌ بالملكِ، فإن خالف، ففعله، لزمه أرشُ ما نقَصَ من ذلك بفعله.

فإن كان ضربها ناقصةً عن عيار السلطان، كان له سبكها؛ لأنَّ له غرضًا فى ذلكَ، وهو أنْ يأمن من عقوبة السلطانِ، ويلزمه أرش النقصِ إن حصَلَ بذلك وإن كان قد سمر الباب بمسامير من عنده، كان له أنْ يقلعها؛ لأنها عين مالِهِ، وإذا قلعها - نَظَرْتَ فى الباب:

فإن كان يساوِى تسعين، والمساميرُ عشرةً، فلما قلعها، نقصَت قيمته عن التسعينِ، لزمه ما نقص بالقَلْع عن التسعين؛ لأنه وإن زاد بفعله؛ فليس له أن يردَّه إلى ما كان عليه؛ فلزمه ضمانُ النقص.

وإن ذهبتِ المسامير للمغصوب منه، ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه قبولها؛ لأنها متصلةٌ بملكه؛ فأشبه إذا غصب ثوبًا فقصره، ثم ردَّه إليه.

والثانى: لا يلزمه؛ لأنه عين مالِهِ؛ فأشبه إذاَ غصَبَ دارًا، وحط فيها طعامًا له، فردَّها إليه مع الطعام؛ فإنه لا يجبر على قبوله؛ بخلاف الثوب إذا قصره.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

فصل: وإن غصب شيئًا، فخلطه بما لا يتميز منه من جنسه، بأن غصب صاعًا من زيتٍ، فخلطه بصاعٍ من زيته، أو صاعًا من الطعام، فخلطه بصاعٍ من طعامه؛ نظرت: فإن خلطه بمثله فى القيمة، فله أن يدفع إليه صاعًا منه؛ لأنه تعذر (عليه) بالاختلاط عين ماله؛ فجاز أن يدفع إليه البعض من ماله، والبعض من مثله.

وإن أراد أن يدفع إليه مثله من غيره، وطلب المغصوب منه مثله منه، ففيه وجهان:

أحدهما - وهو المنصوص - أن الخيار إلى الغاصب؛ لأنه لا يقدر على رد عين ماله، فجاز أن يدفع إليه مثله، كما لو هلك.

والثانى - وهو قول أبى إسحاق، وأبى على بن أبى هريرة -: أنه يلزمه أن يدفع إليه صاعًا منه؛ لأنه يقدر أن يدفع إليه بعض ماله، فلا ينتقل إلى البدل فى الجميع؛ كما لو غصب صاعًا فتلف بعضه، وإن خلطه بأجود منه، فإن بذل الغاصب صاعًا منه؛ لزم المغصوب منه قبوله؛ لأنه دفع إليه بعض ماله، وبعض مثله خيرًا منه.

وإن بذل مثله من غيره، وطلب المغصوب منه صاعًا منه؛ ففيه وجهان:

أحدهما - وهو المنصوص فى الغصب -: أن الخيار إلى الغاصب؛ لأنه تعذر رد المغصوب بالاختلاط، فقبل منه المثل.

والثانى: أنه يباع الجميع، ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما، وهو المنصوص «فى التفليس» ؛ لأنا إذا فعلنا ذلك أوصلنا كل واحدٍ منهما إلى عين ماله، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال؛ لم يلزم الرجوع إلى البدل.

فإن كان ما يخص المغصوب منه من الثمن أقل من قيمة ماله؛ استوفى قيمة صاعه، ودخل النقص على الغاصب؛ لأنه نقص بفعله، فلزمه ضمانه.

وعلى هذا الوجه إن طلب المغصوب منه أن يدفع إليه من الزيت المختلط بقدر

قيمة ماله؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز - وهو قول أبي إسحاق - لأنه يأخذ بعض صاعٍ عن صاعٍ، وذلك ربًا.

والثاني: أنه يجوز؛ لأن الربا إنما يكون في البيع، وليس هاهنا بيع، وإنما يأخذ هو بعض حقه، ويترك بعضه كرجلٍ له على رجلٍ درهم، فأخذ بعضه، وترك البعض.

(فصل) وإن خلطه بما دونه، فإن طلب المغصوب منه صاعًا منه، وامتنع الغاصب؛ أجبر على الدفع؛ لأنه رضى بأخذ حقه ناقصًا، وإن طلب مثله من غيره، وامتنع الغاصب؛ أجبر على دفع مثله؛ لأن المخلوط دون حقه، فلا يلزمه أخذه.

ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع، ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما؛ ليصل كل واحدٍ منهما إلى عين ماله، وإن نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته؛ ضمن الغاصب تمام القيمة؛ لأنه نقص بفعله.

(فصل) وإن غصب شيئًا فخلطه بغير جنسه أو نوعه، فإن أمكن تمييزه؛ كالحنطة إذا اختلطت بالشعير، أو الحنطة البيضاء إذا اختلطت بالحنطة السمراء؛ لزمه تمييزه ورده؛ لأنه يمكن رد العين، فلزمه.

وإن لم يمكن تمييزه؛ كالزيت إذا خلطه بالشيرج؛ لزمه صاع من مثله؛ لأنه تعذر رد العين بالاختلاط، فعدل إلى مثله.

ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع، ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما؛ ليصل كل واحدٍ منهما إلى عين ماله، كما قلنا في القسم قبله.

(فصل): وإن غصب دقيقًا، فخلطه بدقيقٍ له؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أن الدقيق له مثل - وهو قول أبي العباس، وظاهر النص - لأن تفاوته في النعومة، والخشونة ليس بأكثر من تفاوت الحنطة في صغر الحب وكبره؛ فعلى هذا يكون حكمه حكم الحنطة إذا خلطها بالحنطة، وقد بيناه.

والثاني: أنه لا مثل له - وهو قول أبي إسحاق - لأنه يتفاوت في الخشونة والنعومة، ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعضٍ، فعلى هذا اختلف أصحابنا فيما يلزمه.

فمنهم من قال: يلزمه قيمته؛ لأنه تعذر رده بالاختلاط، ولا مثل له؛ فوجبت القيمة.

ومنهم من قال: يصيران شريكين فيه، فيباع ويقسم الثمن بينهما، على ما ذكرناه فى الزيت إذا خلطه بالشيرج.

(الشرح) قوله: «النعومة»[١]، هى ضد الخشونة، وهى: اللين والمبالغة فى الطحن والدق حتى يصير ناعمًا، أى: لينًا عند لمسه. يقال: نَعُمَ الشَّىءُ - بالضم - نُعومَةً، ونَعِمَ - بالكسر - ينعم أيضًا، مثل حذِر يحذر، وفيه لغة ثالثة مركبة بينهما: نَعِمَ يَنْعُم مثل فَضِلَ يَفْضُل، ولغة رابعة نعم ينعم بالكسر فيهما وهو شاذ[٢].

قوله «والخشونة» الخَشِنُ: ضد الَّليِّنِ، يقال: دقيق خَشِنٌ: إذا لم يكن ناعمًا، ولم يبالغ فى طحنه، وثوب خشن: إذا كان غزله غليظًا.

الأحكام: إن غصب شيئًا؛ فخلطه بما لا يتميَّز منه من جنسِهِ بأنْ غصب صاعًا من زيت، فخلطه بصاعٍ من زيته، أو صاعًا من طعام - أى: قمح - فخلطه بصاع مِنْ طعامه - نظَرْتَ: فإن خلطه بمثله فى القيمةِ، فله أن يدفع إليه صاعًا منه؛ لأنه تعذَّر بالاختلاطِ عينُ ماله؛ فجاز أن يدفع إليه البعضَ من مالِهِ، والبعضَ من مثله.

وإن أراد أن يدفع إليه صاعًا من طعامه من غير هذا المختلط، وطلب المغصوبُ منه مثلَهُ فى المختلطِ، ففيه وجهان:

أحدهما - وهو المنصوص للشافعى -: أن الخيار إلى الغاصبِ؛ لأنه لا يقدر [على] رد عين ماله إليه؛ فجاز له أن يدفَعَ إليه مثله من غير المختلطِ؛ كما لو هلك.

والثانى - وهو قول أبى إسحاق المروزى، وأبى على بن أبى هريرة -: أنه يلزمه أن يدفع إليه صاعًا من المختلطِ؛ لأنه يقدر أن يدفع إليه بعضَ ماله، والبعض من غيره؛ فلا ينتقلُ إلى البدلِ فى الجميع؛ كما لو غصَبَ صاعًا، فتلف بعضه.

وإن خلطه بأجوَدَ منه: فإنْ بذل الغاصبُ صاعًا منه، لزمَ المغصوبَ منه قبولُهُ؛ لأنه دفع إليه بعضَ ماله، وبعض مثله خيرًا منه؛ فلزمه قبوله.

وإن بذل صاعًا مثله مِنْ غيره، وطلب المغصوبُ منه صاعًا منه - ففيه وجهان:

أحدهما - وهو المنصوص فى الغصب -: أن الخيار إلى الغاصبِ؛ لأنه تعذَّر عليه ردُّ المغصوب بعينه بالاِختلاطِ؛ فقبل منه المثل؛ كما لو تلف.

---

(١) ينظر النظم (٢/ ٢٢).

(٢) ينظر الصحاح (نعم).

والثانى: أنه يباعُ الجميع، ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما: فإن كان زيتُ الغاصب يساوِى درهمَيْن، وزيتُ المغصوب منه يساوى درهمًا، كان للغاصبِ ثلثا الثمنِ، وللمغصوب منه الثلث، وهو المنصوص فى «التفليسِ» ؛ فإنَّه قال: إذا اشترى زيتًا، فخلطه بخيرٍ منه، ثم أفلَسَ - ففيه قولان:

أحدهما: أنه يضربُ مع الغرماء بالثمن.

والثانى: يكونان شريكَيْنِ فيه؛ فجعله فى أحد القولَيْن كالمستهلك؛ كما جعله فى الغصبِ، وجعله فى الآخر شريكًا له، ولم يثبتْ له حكم الاستهلاك فيه؛ لأنَّا إذا فعلنا ذلك، أوصلنا كلّ واحد منهما إلى عَيْن ماله، وإذا أمكَنَ الرجوعُ إلى عينِ المالِ، لم يلزمه الرجوعُ إلى البدلِ؛ كما لو اشتريا صاعَيْن منهما: فإن كان ما يخصُّ المغصوب منه من الثمنِ أقلّ من قيمة ماله أكثر ما كانَتْ من حين الغصبِ إلى حين البيعِ - استوفى قيمة صاعه، ودخل النقصُ على الغاصب؛ لأنه نقص بفعله؛ فلزمه ضمانه؛ وعلى هذا الوَجْه: إذا طلب المغصوبُ منه أن يدفع إليه مِنَ المختلطِ بقَدْر ماله، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوزُ؛ وهو قول أبى إسحاق المروزى؛ لأنه يأخذ بعض صاعٍ عن صاعٍ؛ وذلك ربا.

والثانى: يجوز؛ لأن الربا إنما يكونُ فى البيعِ، وليس هاهنا بيعٌ، وإنَّما يأخذ بعض حقِّه، ويترك بعضه؛ كرجل له على رجُلٍ درهمٌ؛ فأخذ بعضه، وترك البعض.

فصل: وإنْ خلطه بما دونه: فإنْ طلب المغصوبُ منه صاعًا منه، وامتنع الغاصبُ - أجبر على دَفعْ مثله؛ لأنَّ المختلطَ دون حقِّه؛ فلا يلزمه أخذه منه، فإنْ تراضيا على ذلك، جاز.

ومن أصحابنا من قال: هما شريكانِ فيه؛ فيباعُ الجميع، ويقسم الثمن بينهما على قَدْر قيمتهما؛ ليصلَ كلُّ واحد منهما إلى عَيْنِ ماله.

وإنْ نقص ما يخصُّ المغصوب منه من الثمنِ عن قيمتِهِ، ضمن الغاصبُ تمامَ القيمةِ؛ لأنَّه نقص بفعله.

فصل: وإنْ غصب شيئًا، فخلطه بغير جنسِهِ - نظرْتَ:

فإن أمكَنَ تمييزه؛ كالحنطةِ إذا خلطَتْ بالشعير، أو الحِنْطة البيضاء إذا خلطَتْ بالحِنْطة السَّمْراء - لزمَهُ تمييزُهُ وردُّه؛ لأنَّه يمكنه ردُّ العين؛ فلزمه ذلك، وأجرة

التمييز عليه.

وإن لم يتميَّز كلُّه، لزمه تمييز ما أمكنه منه، وكان الباقى بمنزلة ما لا يمكنُ تمييزُهُ.

وإن لم يمكنْ تمييزه؛ كالزيت إذا خلَطَهُ بالشيرج، لزمه صاع من مثله؛ لأنه تعذَّر عليه ردُّ العين بالاختلاطِ، فعدل إلى مثله؛ كالمستهلك.

ومن أصحابنا من قال: يباعُ الجميعُ، ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما؛ ليصل كلُّ واحد منهما إلى عين مالِهِ؛ كما قلنا فى القسم قبله، وهو إذا خلطه بجنسه، وإن خلط الزيت بالماء - نظَرْتَ:

فإن كان إذا ميَّزه عن الماء، عاد إلى حاله ولا يفسده اختلاطُهُ بالماء - وجَبَ عليه تمييزه عن الماء، ووجَبَ أجرةُ ذلك عليه؛ كما لو غصَبَ ساحة، وبنى عليها.

وإن كان ينقصُ بذلك:

فإن كان نقصًا مستقرًّا، خلصه وردَّه وما نقص، وإن كان ذلك يؤدِّى إلى إفسادِهِ، فالمنصوص: أنه كالمستهلكِ، ويجب عليه بدله، وحكى الربيع قولًا آخر: أنه يردُّه ويردُّ ما نقص، وكلَّما نقص، رجع عليه:

فمن أصحابنا من قال: هذا من قول الربيع، ولم يجعله قولًا آخر.

ومنهم من جعله قولًا آخر، ووجهه: أنَّ عين ماله موجودٌ متميّز؛ فلم يملك الرجوع ببدله؛ ووجه القول الآخر: أن نقصانه ما استقرَّ، وعليه مشقَّةٌ فى رجوعه عليه بنَقْصه كلَّما نقص، ربَّما تعذَّر ذلك، وإذا آل إلى الهلاك بفعل الغاصب، كان كالتالفِ، وقد مضَى بيانه فى الحنطةِ إذا بلّت بالماء.

فصل: وإن غصب دقيقًا، فخلطه بدقيقٍ له، ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّ الدقيق له مثل، وهو قولُ أبى العباس بن سُرَيْج، وظاهر النصّ؛ لأن الشافعىَّ قال: «هو كالزيت؛ لأن تفاوته فى النعومة والخشونة لَيْسَ بأكثر من تفاوُت الحنطةِ فى صغر الحبِّ وكبره» ؛ فعلى هذا يكونُ حكمه حكْمَ الحنطة إذا خلَطَها بالحنطة، وقد بيَّناه إلا فى القسمة.

فأمَّا إن قلنا: إن القسمة بيع، لم يجزْ قسمته؛ لأن بيع الدقيق بالدقيقِ لا يجوزُ على المذهب، وعلى ما رواه الكرابيسىّ: يجوزُ. وإنْ قلنا: إنها إقرار النصيبين، وتمييز الحقَّيْن، جاز.

والثاني: أنه لا مثل له؛ وهو قول أبى إسحاق المروزى؛ لأنه يتفاوَتُ فى الخشونة والنعومة؛ ولهذا لا يجوزُ بيعُ بعضه ببعضٍ على المذهبِ؛ وعلى هذا: اختلَفَ أصحابنا فيما يلزمه.

فمنهم من قال: يلزمه قيمته؛ لأنه تعذَّر ردُّه بالاختلاط، ولا مثل له؛ فوجبت القيمة.

ومنهم من قال يصيران شريكَيْن فيه؛ فيباع، ويقسم الثمن بينهما على ما ذكرناه فى الزَّيْت إذا خلطه بالشَّيْرج.

وماله مِثْلٌ: هو الذى يجمع ثلاثَة أوصاف:

أحدها: أن يكونَ مكيلًا أو موزونًا.

والثاني: أن يكونَ مما يضبَطُ بالوَصْف.

والثالث: أن يجوزَ بيعُ بعضِهِ ببعضٍ.

فعلى هذا: ما خرج من المكيلِ والموزونِ، فلا مِثْلَ له، وما لا يضبطُ بالوَصْف مثل النار والطِّلى والغالية، وكلّ معجون أو مختلط بغيره، فلا مثْلَ له، ولا مثل للجواهر واللآلئ؛ لأنها لا تضبط بالوصف، وليس للرُّطَبِ مثل؛ لأنه لا يجوزُ بيع بعضه ببعض.

فصل: وإن غصب دقيقًا، فنخله وأتلف نخالته، لزمه ردُّه وقيمةُ النخالة، وإن خلَطَ الدقيق بنخالة فإنْ كان يسيرًا لا يؤثِّر فيه، فلا شىْء عليه، وإنْ كان أثَّر فيه: قال فى «الإيضاح»: فالصحيحُ أنَّ عليه ما بين قيمة ذلك قبل طَرْح النخالة وقيمته وفيه النخالة، قال: والقولُ قولُ الغاصب فيما طرحه فيه.

هذا إذا كانتِ النخالةُ لا قيمَةَ لها.

فإن كان لها قيمة: فإن بذل الغاصبُ الدقيقَ، وفيه نخالةٌ، ورضى المغصوبُ منه بذلك - جاز، وإن لم يرض:

فقد قيل: ينخل الدقيق، ويذرُّ من النخالة قدر ما يقول أهْلُ الخبرة: إنه كان فيه، والباقى للغاصب.

وقيل: يوقفُ ذلك حتى يصطلحا على وَجْهٍ يجوزُ الصُّلْحُ عليه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن غصب أرضًا، فغرس فيها غراسًا، أو بنى فيها بناءً، فدعا صاحب

الأرض إلى قلع الغراس، ونقض البناء؛ لزمه ذلك؛ لما روى سعيد بن زيدٍ: أن النبى ﷺ قال: «لَيسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» فإن قلعه، فقد قال: «فى الغصب»: يلزمه أرش ما نقص من الأرض، وقال «فى البيع»: إذا قلع الأحجار المستودعة؛ عليه تسوية الأرض.

فمن أصحابنا من جعلهما على قولين:

أحدهما: يلزمه أرش النقص؛ لأنه نقص بفعلٍ مضمونٍ، فلزمه أرشه.

والثانى: يلزمه تسوية الأرض؛ لأن جبران النقص بالمثل أولى من جبرانه بالقيمة.

ومنهم من قال: يلزمه فى الغصب أرش ما نقص، وفى البيع يلزمه تسوية الأرض؛ لأن الغاصب متعد، فغلظ عليه بالأرش؛ لأنه أوفى، والبائع غير متعد؛ فلم يلزمه أكثر من التسوية.

وإن كان الغراس لصاحب الأرض، فطالبه بالقلع، فإن كان له غرض فى قلعه؛ أخذ بقلعه؛ لأنه قد فوت عليه بالغراس غرضًا مقصودًا فى الأرض فأخذ بإعادتها إلى ما كانت.

وإن لم يكن له غرض؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يؤخذ بقلعه؛ لأن قلعه من غير غرضٍ سفه، وعبث.

والثانى: يؤخذ به؛ لأن المالك محكم فى ملكه، والغاصب غير مُحَكَّمٍ؛ فوجب أن يؤخذ به.

(فصل) وإن غصب أرضًا، وحفر فيها بئرًا، فطالبه صاحب الأرض بطمها؛ لزمه طَمُّها؛ لأن التراب ملكه، وقد نقله من موضعه، فلزمه رده إلى موضعه.

فإن أراد الغاصب طمها، فامتنع صاحب الأرض؛ أجبر، وقال المزنى: لا يجبر، كما لو غصب غزلًا ونسجه؛ لم يجبر المالك على نقضه، وهذا غير صحيح؛ لأن له غرضًا فى طمها، وهو أن يسقط عنه ضمان من يقع فيها؛ بخلاف نقض الغزل المنسوج، فإن أبرأه صاحب الأرض من ضمان من يقع فيها؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يصح الإبراء؛ لأنه لما سقط الضمان عنه إذا أذن فى حفرها؛ سقط عنه إذا أبرأه منها.

والثانى: أنه لا يصح؛ لأن الإبراء إنما يكون من واجبٍ، ولم يجب بعد شىء، فلم يصح الإبراء.

(الشرح) قوله: «أُخِذَ بَقَلْعِهِ»[1] أى: أجبر بقلعه، ومنه: أخذ الحاكم على يده، أى: منعه وأجبره.

قوله: «سَفَهٌ وعَبَثٌ» السفه: التبذير، والعَبَثُ: اللعبُ، وقد عَبِثَ - بالكسر - يَعْبَثُ عَبَثًا.

قوله: «وطَالَبَهُ... بِطَمِّها» أى: دَفْنِها، يقال: جاء السيل فَطَمَّ الركِيَّةَ، أى: دفنها وسواها.

الأحكام: وإن غصب أرضًا، فغرس فيها غراسًا، أو بنى فيها بناء، فدعا صاحب الأرض إلى قَلْع الغراسِ، ونقض البناء - لزم الغاصب ذلك؛ لِمَا روى سعيدُ بنُ زَيْد - رضى الله عنه -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» والغاصبُ ظالمٌ، فإن قلعه، فقد قال فى الغصب: يلزمه ما نقص من الأرض، وقال فى البيع: إذا قلع البائعُ الأحجار المستودعة فى الأرض، عليه تسويةُ الأرض.

فمن أصحابنا من جعلهما على قولَيْن:

أحدهما: يلزمه أرش نقص الأرضِ؛ لأنه نقص جعل بفعْل مضمون؛ فلزمه.

والثانى: يلزمه تسويةُ الأرضِ؛ لأنَّ جبران النقصِ بالمثل أَوْلَى من جبرانه بالقيمة.

ومنهم من قال: يلزمه فى الغصب أرش ما نقَصَ، وفى البيع: يلزمه تسوية الأرض؛ لأنَّ الغاصب متعدٍّ؛ فغلظ عليه بالأرش؛ لأنه أوفى، والبائع غير متعدٍّ؛ فلم يلزمه أكثر من التسوية.

ومنهم من قال: عليه تسويةُ الأرضِ من أثرها، وأرشُ ما دخل عليها من النقص بذلك، وعليه فى الوجوهِ كلِّها أجرةُ مثلها للمدَّة التى أقامتْ فى يده.

وإذا قلع الغراس منها، كان عليه إخراجُ العروق الباقية فى الأَرْض منها.

فصل: وإنْ كان الغراسُ - أيضًا - لصاحب الأَرْض بأنْ غصبه، وغرسه فيها: فإنْ لم تنقصْ قيمة الغراسِ والأرض بذلك، فلا شىْء عليه غير الأجرة، فإنْ طالب المالكُ الغاصبَ بالقلعِ - نظرْتَ: فإنْ كان له غرضٌ صحيحٌ فى قَلْعه، أخذ بقله؛ لأنه فوت عليه بالغراس غرضًا مقصودًا بالأرض؛ فأخذ بإعادتها إلى ما كانت عليه.

وإن لم يكن غرض صحيح، ففيه وجهان:

---

(١) ينظر النظم (٢/ ٢٣).

أحدهما: لا يؤخذ بقلعه؛ لأن قلعه من غير غرضٍ سفَهٌ وعبَثٌ.

والثانى: يؤخذ به؛ لأن المالك محكَّم فى ملكه، والغاصب غير محكَّم؛ فوجب أن يؤخذ به.

فصل: وإن غصب أرضًا، وحفر فيها بئرًا، فطالبه صاحبُ الأرض بطَمِّها - لزمه طَمُّها؛ لأن التراب ملكه، وهو نقله مِنْ موضعه إلى موضعٍ آخَرَ؛ فلزمه ردُّه إلى موضعه؛ كما لو غصب دكَّانًا فيه طعام، ونقل الطعام منه، وأجرة النقل عليه، وأجرة المثل لموضع البئرِ، وأرش نقصها إن كانتْ نقصَتْ؛ وإن تلف التراب الذى نقله، ضمنه بمثله؛ لأن التراب من ذوات الأمثال.

فصل: وإنْ أراد الغاصبُ طمَّها، وامتنع صاحبُ الأرض - أُجْبِرَ عليه.

وقال المزنى: لا يجبر عليه؛ وبه قال أبو حنيفة.

دليلنا: هو أنه تعدّى بحفرها؛ فكان له طمُّها؛ كما لو حفرها فى طريق المسلمين.

قالوا: رضى بالبئر؛ فأشبه إذا أذن له فى حفرها.

قلنا: الرضا يخالفُ الإذن؛ ألَا تَرَى أنه لو أَذِنَ له فى الجرح، سقَطَ عنه الضمان، ولو منعه من مداواتِهِ، لم يسقطْ عنه الضمان.

قالوا: لو غصب غزلًا، فنسجه، ثم طلب نقضه، لم يجبرِ المالك على نقضِهِ؛ فكذلك هذا.

قلنا: له غرضٌ فى طمِّها، وهو أنْ يسقطَ عنه ضمان مرتفع فيها؛ بخلاف نقضِ الغزلِ المنسوجِ.

فصل: فإنْ أبرأه صاحبُ الأرضِ من ضمانِ منْ يقع فيها:

فإنْ كان له غرَضٌ فى طمِّها لغير ذلك؛ بأن يكونَ الترابُ الذى نقله منها فى غير ملكِ المغصوبِ منه؛ بأنْ يكونَ فى ملك نفسه؛ فيحتاج أن يردَّه إلى البئر، أو كان طرحه فى ملك غيره، أو فى طريق المسلمين - لم يسقطْ حقُّه فى طمِّها؛ لأنَّ له غرضًا صحيحًا فى طمِّها؛ فأجبر المالك عليه.

وإن لم يكنْ له غرض فى طمِّها بأنْ يكونَ الترابُ فى ملك المغصوب منه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يصحُّ الإبراءُ؛ وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه لمَّا سقط الضمان إذا أذن فى حفرها، سقَطَ عنه الضمان إذا أبرأه منها؛ فعلى هذا: ليس له طمها.

والثانى: أنه لا يصحُّ الإبراء، وهو الأصحُّ؛ لأن الإبراء إنما يكون من واجب، وهاهنا: لم يجبْ بعد شئ؛ فلم يصحَّ الإبراء، ولأنه إبراء من مجهول، ولأنه إبراءٌ من حقِّ الغير، وهو الواقع فيها؛ فلم يصحّ؛ وعلى هذا يطمها، ويجبر الآخر عليه، قال أبو نصر فى «الشامل»: وهكذا ينبغى أن يكون إذا لم يتلفَّظ بالإبراء، وإنَّما منعه من طمِّها؛ لأنه يتضمَّن رضاه بذلك، فإنْ قال المالك: أنا أطمُّها بنفسى، وشرع فيه، كان له ذلك.

فصل: وإن كشط التراب من وجهها، ونقله، كان له أن يطالبه بردِّ التراب إليها، وبأجرة المثل، وأرش النقص إن كانتْ نقصَتْ بذلك؛ لما مضَى.

وإن أراد الغاصبُ أن يردَّ التراب إليها، وامتنع صاحب الأرض - نَظَرْتَ:

فإن كان الترابُ فى غير ملك المغصوب منه، لم يكنْ له ذلك؛ لأنه لا غرض له فيه إلا الإضرار بصاحبِهِ، وبنفسه فى المؤنة التى تلحقُهُ فى نقله، وإتعابه لبدنه وأعوانه، إلا أن يكون قد حصَلَ فيها بذلك حفر؛ فيكون الحكم فيه كالحكم فى البئر سواء؛ لأنه لا يأمن أن يعثر بتلك الحفر إنسان؛ فيهلك؛ فيكون مؤاخذًا به.

وإن ردَّ التراب إليها، وتركه وسطها صبرةً، كان له أن يطالبه بأن يبسطه على وجهها؛ لأنَّ له فى ذلك غرضًا صحيحًا.

وقال فى «الإيضاح»: وإن كان التراب فى ملك الغاصب، أو بحيث لا يضر تركه فيه، فليس له ردُّه، ويضمن ما نقص به إلا أن يكونَ ردّ التراب يزيلُ النقص؛ فله أن يردَّه؛ لإسقاطِ الضمان عنه، إلَّا أنْ يبرئه المالك مِنَ الضمان.

فصل: وإنْ غصَبَ دارًا، فجصَّصها أو زوَّقها، كان له أنْ يطالبه بقَلْع الجصِّ، ونقل التزويق منها؛ لأنه ملك للغاصب، شغل به ملك المغصوب منه؛ فلزمه نقله عنه.

وإن طلب الغاصبُ أن ينقله، كان له ذلك، سواء كان له قيمةٌ بعد القلع أو لم يكنْ؛ لأنه عَيْنُ ماله؛ فكان له أخذه، فإذا قلعه: فإنْ نقصَتْ قيمة الدار بذلك، لم يلزمه أكثَرُ من الأجرة فإنْ وهَبَ ذلك لصاحبِ الدارِ، فهل يلزمه قبوله؟ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه؛ لأنه متصل بملكه؛ فأشبه إذا غصب ثوبًا، فقصَّره، ثم رده إليه.

والثانى: لا يلزمه قبوله؛ لأنه عين مال له، ولهذا له أن ينقلَهُ؛ فأشبه الطعام إذا نقله إليها، ثمَّ وهبه منه؛ بخلاف الثوب الذى قصره، فإنْ كان لا يتحصَّلُ من التزويقِ

شئ بحال، ولم تنقصْ به قيمة الدار، فلا شئ عليه فى ذلك.

فصل: وإن غصَبَ أرضًا، وزرع فيها، كان عليه قَلْعُ الزرع، وأجرةُ المثل؛ لما مضَى من المدة، وأرش نقصانِ الأرضِ إن حصَلَ فيها بالزرع نقْصٌ.

وحكى عن أحمد: أنه قال: ليس عليه قلعه، وصاحب الأرض بالخيارِ: بين أن يدفع إليه ثمن البذور، والنفقة، وبين أن يقرَّه فى الأرض بأجرة المثلِ إلى أوانِ الحصادِ.

دليلنا: قوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ». ولأنه شغل به ملك غيره بغير حقٍّ؛ فلزمَهُ قَلْعه؛ كالغراس.

قالوا: الزرع لا يتأبَّد، بخلاف الغراس.

قلنا: هو متعدٍّ؛ فلا فرق بين الضررِ القليلِ والكبير فى حقِّه.

فإنْ لم يزرع الأرض، وكان تركُ الزراعة ينقصها: كأراضى البصرة؛ فإنه ينبتُ فيها الدغل - وجَبَ عليه أرش ما نقص منها، وأجرة الأرض للمدَّة التى أقامَتْ فى يده.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) إذا غصب ثوبًا فصبغه بصبغٍ من عنده؛ نظرت: فإن لم تزد قيمة الثوب والصبغ، ولم تنقص، بأن كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ عشرةً، فصارت قيمة الثوب مصبوغًا عشرين (درهمًا) ؛ صار شريكًا لصاحب الثوب بالصبغ؛ لأن الصبغ عين مالٍ، له قيمة.

فإن بيع الثوب؛ كان الثمن بينهما نصفين، فإن زادت قيمتهما، بأن صارت قيمة الثوب ثلاثين؛ حدثت الزيادة فى ملكهما؛ لأنه بفعله زاد ماله، ومال غيره، وما زاد فى ماله يملكه؛ لأنه حصل بعملٍ عمله بنفسه فى ماله، فإن بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين، وإن نقص قيمتهما، بأن صار الثوب يساوى خمسة عشر؛ حسب النقصان على الغاصب فى صبغه؛ لأنه بفعله حصل النقص، فإن بيع الثوب بخمسة عشر؛ دفع إلى صاحب الثوب عشرة، وإلى الغاصب خمسة، فإن صارت قيمة الثوب عشرةً؛ حسب النقص على الغاصب، فإن بيع الثوب بعشرةٍ؛ دفع العشرة كلها إلى صاحب الثوب؛ لأنه إما أن يكون سقط بدل الصبغ بالاستهلاك، أو نقص به قيمة الثوب، فلزمه أن يجبر ما نقص من قيمة الثوب، فإن صارت قيمة الثوب ثمانيةً؛ لم يستحق بصبغه شيئًا؛ لأنه استهلكه فى الثوب، ويلزمه درهمان؛ لأنه نقص بصبغه من

قيمة الثوب درهمان.

(فصل) إذا استهلك ثمن الصبغ؛ لم يبق للغاصب فى الثوب حق؛ لأن ماله هو الصبغ، وقد استهلكه، وإن بقى للصبغ ثمن، فطلب الغاصب استخراجه؛ أجيب إلى ذلك؛ لأنه عين ماله، فكان له أخذه، كما لو غرس فى أرضٍ مغصوبةٍ غراسًا، ثم أراد قلعه.

فإن نقص قيمة الثوب باستخراج الصبغ؛ ضمن ما نقص؛ لأنه حصل بسببٍ من جهته.

وإن طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ، وامتنع الغاصب؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجبر - وهو قول أبى العباس - لأن الصبغ يهلك بالاستخراج، ولا حاجة به إلى ذلك؛ لأنه يمكنه أن يستوفى حقه بالبيع، ولا يجوز أن يتلف مال الغير.

والثانى: يجبر - (وهو الصحيح) وهو قول أبى إسحاق، وأبى على بن خيران - لأنه عرق ظالم لا حق له فيه، فأجبر على قلعه؛ كالغراس فى الأرض المغصوبة.

وإن بذل المغصوب منه قيمة الصبغ ليتملكه، وامتنع الغاصب؛ لم يجبر على القبول؛ لأنه إجبار على بيع ماله.

وإن أراد صاحب الثوب البيع، وامتنع الغاصب - بيع؛ لأنه ملك له فلا يملك الغاصب أن يمنعه من بيعه بتعديه، وإن أراد الغاصب البيع، وامتنع صاحب الثوب؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر؛ ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه، كما يجبر الغاصب على البيع؛ ليصل رب الثوب إلى ثمن ثوبه.

والثانى: لا يجبر؛ لأنه متعد، فلم يستحق بتعديه إزالة ملك رب الثوب عن ثوبه، وإن وهب الغاصب الصبغ من صاحب الثوب؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر على قبوله؛ لأنه لا يتميز من العين، فلزمه قبوله؛ كقصارة الثوب.

والثانى: لا يجبر؛ لأنه هبة عينٍ، فلا يجبر على قبولها.

(الشرح) الأحكام: إذا غصب ثوبًا فصَبَغَهُ بصِبْغٍ من عنده - نظَرْتَ:

فإن لم تزدْ قيمةُ الثوب والصِّبْغ، ولم تنقص؛ بأن كانتْ قيمةُ الثوب عشرةً، وقيمةُ الصبغِ عشَرةً؛ فصارتْ قيمة الثوب مصبوغًا عشرين نظَرْتَ:

فإن زاد ذلك بالعمل، صار شريكًا لصاحبِ الثوب بِالصِّبْغِ؛ لأن الصبغ عين ماله،

وله قيمة، فإنْ بيع، كان الثوبُ بينهما نصفَيْن.

وإن زادت قيمتهما بذلك بأنْ صارتْ قيمةُ الثوب مصبوغًا ثلاثين، فقد حَدَثَتِ الزيادةُ فى ملكهما؛ لأنه بفعله زاد مالُهُ ومالُ غيره، وما زاد فى ماله يملكه؛ لأنه حصَلَ بعمل عمله بنفسه فى ماله، وما زاد فى مال المغصوب منه بعمله لا يملكه، فإن بيع الثوب مصبوغًا بخمسة عشر حسب النقصان على الغاصب فى صبغه؛ لأن بفعله حصل النقص. فإنْ بيع الثوبُ بخَمْسة عشَرَ، دفع إلى صاحبِ الثوبِ عشرة، وإلى الغاصب خمسة، وإن صارت قيمة الثوب عشرة، حسب النقصان على الغاصب، فإنْ بيع الثوب بعشرة، دفع العشرة كلّها إلى صاحب الثوب؛ لأنه: إمَّا أن يكون سقَطَ بدل الصبغ بالاستهلاكِ، أو نقص به قيمة الثوب؛ فلزمه أن يجبر ما نقص من قيمة الثوبِ، وإنْ صارتْ قيمة الثوب ثمانية، لم يستحقَّ لصبغه شيئًا؛ لأنه استهلكه فى الثوب، ويلزمه دِرْهمانِ؛ لأنه نقص بصبغه مِنْ قيمة الثوب درهمان.

وإن بلغ قيمة الثوب ثلاثين درهمًا لزيادة السُّوق فى الصبغِ، كانت الزيادةُ لصاحب الصبغِ، وإن نقص عن العشرين لنقصان سعر الثياب - كان النقصانُ من حقِّ صاحب الثوب، وإنْ نقص عنها لنقصان سعر الصبغِ، أو كان لأجْلِ العمل [كان] على صاحب الصبغ؛ لأنه تعدّى بالعمل.

فصل: وإذا استهلك ثمن الصبغِ، لم يبق للغاصبِ فى الثوب حقٌّ؛ لأنَّ ماله هو الصبغ، وقد استهلك. وإن بقى للصبغ ثمن، فطلب الغاصبُ استخراجَهُ، أجيبَ إلى ذلك.

وقال أبو حنيفة: لصاحب الثوب منعه من ذلك.

دليلنا: هو أنّه عينُ ماله؛ فكان له أخذه؛ كما لو غرس فى أرض مغصوبة غراسًا، أو بنى فيها بناءً، ثم أراد قلعه.

قالوا: صار تابعًا لملكه؛ فأشبه إذا غصَبَ عبدًا مجروحًا، فخاط جرحه بخَيْطٍ من عنده؛ فإنه يسقطُ حقُّه من الخيطِ.

قلنا: الخيطُ لا يجوزُ قلعه بالرضا، وهاهنا بخلافه.

فصل: فإنْ نقص قيمة الثوبِ باستخراجِ الصبغِ، ضمن ما نقص؛ لأنه حصل بسبب من جهته، وإن طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ، وامتنع الغاصب - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجبرُ، وهو قول أبى العبَّاس بن سريج؛ لأنَّ الصبغ يهلك بالاستخراج، ولا حاجة به إلى ذلك؛ لأنه يمكنُهُ أنْ يستوفى حقه بالبيع، فلا يجوز أن يتلف مال الغير.

والثانى: يجبر، وهو قولُ أبى إسحاق المروزى، وأبىّ على بن خيران؛ لأنه عرق ظالمٌ لا حَق له؛ فأجبر على قلعه؛ كالغراس والبناء فى الأرضِ المغصوبة.

فصل: فإنْ بذَلَ المغصوبُ منه قيمةَ الصبغ ليتملَّكه، وامتنع الغاصبُ ففيه وجهان:

أحدهما - وهو الذى ذكره صاحبُ الكتابِ -: أنه لا يجبرُ على القَبُول؛ لأنه إجبارٌ على بيع ماله؛ فلا يجبَرُ عليه؛ كالغراس فى أرضه.

والثانى: يجبر عليه؛ كما لو أعار أرضًا للغراس، ثم غرس فيها، وامتنع المستعير من قلع الغراسِ، كان له أنْ يتملَّكه عليه بدفع القيمة.

والمذهب الأوَّل.

وإن أراد صاحب الثوب البيعَ، وامتنع الغاصبُ بيع؛ لأنه ملك له فلا يملك الغاصب أن يمنعه من بيعه لتعديه، وإن أراد الغاصب البيع، وامتنعَ صاحبُ الثوب - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجبر؛ ليصلَ الغاصب إلى ثمن صبغه؛ كما يجبر الغاصب على البيعِ لِيَصِلَ ربُّ الثوب إلى ثمن ثوبه.

والثانى: لا يجبر؛ لأنه متعدٍّ؛ فلا يستحقُّ بتعدِّيه إزالة ملك ربِّ الثوب عن ثوبه، فإن وهب الغاصبُ الصبغَ من صاحب الثوبِ ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر على قبوله؛ لأنَّه لا يتميَّز من العين؛ فلزمه قبوله؛ كقصارة الثوب.

والثانى: لا يجبر؛ لأنه هبة عين؛ فلم يجبَرْ على قبولها، بخلاف القصارة؛ فإنها هبة أثر.

فصل: وإنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ ثوبًا، وقيمته عشَرة، وصبغًا قيمته عشرة، وصبغه به - نظرْتَ:

فإنْ لم تزدِ القيمة بذلك، ولم تنقص، ردَّ الثوب إليه مصبوغًا، ولا شئ عليه. وإن زادتِ القيمة بذلك، فالزيادة للمغصوبِ منه، وإن كان زيادتُهُ لأجل العملِ؛

لأنَّ الغاصب لا حقَّ له فيما عمله مِنْ أثر.

وإن نقصَتِ القيمة، فالنقصانُ على الغاصب، إلا أنْ يعلم أنَّ ذلك النقصان لنقصان سعر الثيابِ، أو الصبغ؛ فإنه لا يضمنه؛ لأنَّ نقصان السعر لا يضمنُهُ الغاصب مع ردِّ العَيْنِ.

فصل: وإنْ غصَبَ مِنْ رجل ثوبًا قيمته عَشَرَةٌ، وغصَبَ من آخر صبغًا قيمته عشرة، وصبَغَ به الثوب - نُظِرَ:

فإن لم تزدْ قيمته بذلك، ولم تنقص، رده إليهما، وكانا شريكَيْن فيه.

وإن زادتِ القيمة بالعملِ، فالزيادة بينهما، ولا شيْء للغاصب.

وإن نقصتْ: فإنْ كانت لنقصان سعر الثيابِ، كانتْ على صاحب الثوب، وإن كانت لنقصانِ سعرِ الصبغ، أو لأَجْلِ العملِ، كانتْ على صاحبِ الصبغِ، فإذا كان الثوب مصبوغًا يساوى خمسةَ عشَرَ، فلصاحِبِ الثوبِ ثلثاه، ولصاحب الصبغ الثلث، وله أن يرجعَ على الغاصبِ بخمسة.

فإنْ باع صاحبُ الثوب ثوبه مِنْ غير صاحبِ الصبغ، أو باع صاحبُ الصبغ صبغَهُ مِنْ غير صاحب الثوبِ، ففيه وجهان، كما لو باع بيتًا مِنْ دار لا طَرِيقَ إليه.

فصل: وإن غَصَبَ مِنْ رجلٍ ألفَ درهمٍ، ومن آخر ألفًا آخر، وخلَط الألفَيْن، وكانا لا يتميَّزان:

فإن كانا سواءً صحاحًا وصحاحًا، أو مكسَّرة ومكسرة، وقيمتهما سواء - فهو بينهما نصفان، ولا شيْء على الغاصب.

وقيل: هما بالخيار بين قِسْمة ذلك وتركه، ومطالبة الغاصب بمثلِ ما غصبه.

وإنْ كانتْ مختلفة بأنْ كانت إحداهما تساوى اثنى عشر، والأخرى تساوى عشرة - قال فى «الإيضاح»: هما بالخيار بين قسمتها على ذلك، وأن يطالبه كلُّ واحد منهما بمثل دراهمه.

فصل: وقال أبو حنيفة: يملكُ الألفَيْن، ويكون لكلِّ واحد منهما بدلُ مالِهِ، وبناه على أصله: أنَّه إذا غيّر المغصوب، أو لحقه ضرر فى رد ملكه، وقد تقدَّم الدليلُ عليه.

فصل: وإن غصب سمنًا ودقيقًا وعسلًا، فجعله عصيدةً، كان صاحبه بالخيار: إنْ

شاء أخذه منه مِنْ غير أن يقوِّمَهُ، وإن شاء قوّم كلّ شيء من ذلك على الانفراد، وقوم العصيدة: فإن نقص قيمة شيء من ذلك، ضمنه؛ لما ذكرناه في الثوب والصبغ.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن غصب ساجًا، فأدخله في البناء، أو خيطًا فخاط به شيئًا؛ نظرت: فإن عفن الساج، وبلى الخيط؛ لم يؤخذ برده؛ لأنه صار مستهلكًا، فسقط رده، ووجبت قيمته، وإن كان باقيًا على جهته؛ نظرت: فإن كان الساج في البناء، والخيط في الثوب؛ وجب نزعه ورده؛ لأنه مغصوب يمكن رده، فوجب رده، كما لو لم يبن عليه، ولم يخط به.

وإن غصب خيطًا، فخاط به جرح حيوانٍ؛ فإن كان مباح الدم؛ كالمرتد، والخنزير، والكلب العقور؛ وجب نزعه ورده؛ لأنه لا حرمة له، فكان كالثوب، وإن كان محرم الدم، فإن كان مما لا يؤكل؛ كالآدمي، والبغل، والحمار، وخيف من نزعه الهلاك - لم ينزع؛ لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال، ولهذا يجوز أخذ مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان، ولا يجوز أخذه لحفظ المال، فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال.

وإن كان مما يؤكل؛ ففيه قولان:

أحدهما: يجب رده؛ لأنه يمكن نزعه بسببٍ مباحٍ، فوجب رده كالساج.

والثاني: لا يجب؛ لأن النبي ﷺ نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلةٍ.

(الشرح) قوله: «الساج» بالسين المهملة، وتخفيف: الجيم نوع من الخشب.

قال الزبيدي: في «التاج»: ضرب عظيم من الشجر، الواحدة «ساجة»، وجمعها «ساجات» ولا ينبت إلا بالهند ويجلب منها إلى غيرها.

قال الزمخشري: «الساج» خشب أسود رزين، وفي «الأساس»: وعملت سفينة «نوح» من الساج.

قوله: «عفن» أي: بَلِيَ وَنَخِرَ.

قوله: «العقور»: العَقْرُ لغة - بفتح العين - الجرح، يقال: عقر الفرس والبعير بالسيف عقرًا: قطع قوائمه، وأصل العقر ضرب قوائم البعير أو الشاة بالسيف وهو قائم، والعقر لا يكون إلا في القوائم، ثم جعل النحر عقرًا؛ لأن ناحر الإبل يعقرها

ثم ينحرها، والعقيرة: ما عقر من صيد أو غيره[(١)].

وقد استعمله الفقهاء بالمعنيين الواردين.

أحدهما: بمعنى الجرح وهو الإصابة القاتلة للحيوان فى أى موضع من بدنه إذا كان غير مقدور عليه.

جاء فى الشرح الصغير للمالكية: العقر: جرح مسلم مميز وحشيًا غير مقدور عليه إلا بعسر[(٢)].

وفى البدائع للكاسانى: الجرح فى أى موضع كان وذلك فى الصيد وما هو فى معنى الصيد[(٣)].

والثانى: بمعنى ضرب قوائم الحيوانات[(٤)].

الأحكام: إنْ غصب ساجًا، أى: خشبًا، وأدخله فى البناء، أو خيطًا؛ فخاط به شيئًا - نظرْتَ: فإنْ عفن الساج بحيث لو أُخِذَ تفتَّتْ، وبَلِىَ الخيطُ، لم يؤخذْ بردّه؛ لأنه صار مستهلكًا؛ فسقَطَ ردُّه، ووجبَتْ قيمته أكثَرَ مَا كانَتْ من وقتِ الغصبِ إلى الوقت الذى احتملَ فيه تلفه، وأجرة المِثْلِ من حين الغصب إلى ذلك الوقت؛ لأن الخشب له أجرة.

فصل: وإن كان باقيًا على جهته - نظرْتَ:

فإن كان الساجُ فى بناء، والخيطُ فى ثوب، وجَبَ نزعه وردُّه إذا طالب به المالك، ووجَبَ أجرة مثله للمدّة التى بقيَتْ فى يده. وأرش نقصٍ إنْ حصَلَ فيه، بذلك، وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة: لا يجبُ عليه ردُّه، وتجب عليه قيمته.

دليلنا: قوله ﷺ: «لَا يَأْخُذَنَّ أحدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ لَاعِبًا ولَا جَادًّا، وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ»، ولأنه تصرّف فى مال الغير بعدوان يجوز نقضه؛ فلا يقع حقُّ المالك عنه، كما لو بنى فى أرض غيره، أو غصب شجرًا وغرسه فى أرضه، والدليل على جواز النقض أنه إذا جاز نقض داره ليعيدها على صفة أخرى؛ لغرض صحيح،

(١) ينظر لسان العرب، والمصباح المنير (عقر).

(٢) ينظر بدائع الصنائع (٥/ ٤٣)، والشرح الصغير (١/ ٣١٥).

(٣) ينظر بدائع الصنائع (٥/ ٤٣).

(٤) ينظر حاشية ابن عابدين (٣/ ٢٣٠).

فلأن يجوز ليتخلص من المأثم بيقين، ويخرج من الخلاف، ويتخلص من التقويم - أولى.

قالوا: إتلاف مال بمال هو تابع فلم يجز؛ كما لو غصب خيطًا، وخاط به جرح حيوان.

قلنا: لا نسلم أنه تابع؛ لأن ملك الحيوان لا يصير تابعًا لملكه؛ ولهذا لو باع جارية حاملًا بولد لغيره، لم يدخل الولد فى البيع.

ولأن مال الغاصب لا حرمة له؛ ولهذا قال عليه السلام: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»؛ ولهذا لو غصب شيئًا ونقله إلى موضع يلزمه فى رده مئونة، لزمه ذلك، ويخالف الخيط فى الحيوان؛ فإن ذلك يتعلق به حرمة الحيوان، وحرمة الحيوان آكد؛ ولهذا لا يجوز أن يمنع فضل الماء؛ لأجل الحيوان فى الموات، ويجوز لأجل المال؛ ولهذا لو احتاج إلى هذا الخيط فى الابتداء حال غصبه وخياطة جرحه به - لم يكن لصاحبه منعه منه، وإنما حقه فى قيمته.

ولا يجوز غصب الساج للبناء عليه، ولا يلزم إذا جعل اللوح فى سفينة وهى فى لجة البحر، وفيها مال لغير الغاصب، حيث قلنا: لا يجبر على نزعه ورده وإن كان لا يجوز إدخاله فى السفينة ابتداء؛ لأنه يمكن رد السفينة إلى الشط، وقلع اللوح منها ورده إلى صاحبه من غير إتلاف مال غير الغاصب.

ووزانه: لو كان تحت البناء مال لغير الغاصب لم يجز نقض البناء حتى ينقل ذلك المال؛ ولهذا لو أكره على القتل بالمال فقتل وجب عليه القود، ولو أكره بالقتل فقتل، لم يجب عندهم.

فصل: وإن كان الثوب الذى خاطه لغيره، وخاطه بغير أمره، لزمه ما نقص منه بإخراج الخيط.

قال فى «الإيضاح»: فيجتمع عليه ضمانان: نقص الخيط، ونقص الثوب، فإن كان الثوب لمالك الخيط، فإن خاطه بأمره وأعلمه بأنه خيطه، فلا ضمان. وإن خاطه بلا أمره، ضمن له ما بين قيمته وهو مخاط به، وقيمته وهو غير مخاط به؛ لأنه فى يد المالك؛ فلا يستحق عليه تسليمه بالنزع.

فصل: وإن غصب خيطًا، وخاط به جرح حيوان، نظَرْتَ: فإن كان مباح الدم:

كالحربى، والمرتد، والخنزير، والكلب العقور، وجب نزعه ورده؛ لأنه لا حرمة له؛ فكان كالثوب.

وإن كان محرم الدم: فإن كان مما لا يؤكل: كالآدمى، والبغل، والحمار، والفهد - فإن خيف عليه من نزعه الهلاك، لم ينزع؛ لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال؛ ولهذا يجوز أخذ مال الغير بغير إذنه؛ لحفظ الحيوان، ولا يجوز أخذه لحفظ المال؛ فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال.

وإن خيف عليه الزيادة فى العلة، أو إبطاء البرء، ففيه وجهان؛ بناء القولين فى الجريح إذا خاف من استعمال الماء الزيادة فى المرض وإبطاء البرء، هل يجوز له التيمم؟

فإن قلنا: إنه يجوز له التيمم، لم يجز أن يقلع.

وإن قلنا: لا يجوز له التيمم قلع.

وإن كان الحيوان مما يؤكل لحمه، ففيه قولان:

أحدهما: يجب نزعه ورده؛ لأنه يمكن نزعه بسبب مباح: بأن يذبح، وينزع منه الخيط؛ فوجب رده كالساج فى البناء.

والثانى: لا يجب، وهو الأشبه؛ لأنه ﷺ: «نَهَى عَنْ قَتْلِ الحَيَوانِ لِغَيْرِ مَأْكَلَةٍ»؛ فلا يجوزُ إتلافُهُ لذلك.

وإن لم يخف عليه التلف مِنْ نزعه، ولا ضرر غيره، ووجد خيطًا يجعله مكانه، ولم يرض صاحبه بأخذ القيمة، أجبر على نزعه بكلِّ حال؛ لأنه لا ضَرَرَ فيه؛ فكان كما لو خاط به ثوبًا.

فصل: ثمَّ ينظر: فإن كان الحيوان الذى شرع ذبحه لذلك للغاصبِ، فلا شىء له، وإن كان لغيره، وخاطه بلا أمره، فعليه ضمانُ ما بين ذلك حيًّا وبين قيمته مذبوحًا.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وإن غصب لوحًا، وأدخله فى سفينةٍ، وخاف من نزعه الغرق، فإن كان فيها حيوان، لم ينزع؛ لما ذكرناه فى الخيط، وإن كان فيها مال غير الحيوان؛ فإن كان لغير الغاصب - لم ينزع؛ لأنه إتلاف مال من له حرمة بجنايةِ غيره، فلم يجز، وإن كان المال للغاصب؛ ففيه وجهان:

أحدهما: ينزع، كما تنقض الدار لرد الساج.

والثانى: لا ينزع؛ لأنه يمكن رده من غير إتلاف المال: بأن تجر إلى الشط، بخلاف الساج فى البناء.

وعلى هذا إذا أراد المالك أن يطالب بالقيمة؛ كان له ذلك؛ لأنه حيل بينه وبين ماله، فجاز له المطالبة بالبدل، كما لو غصب منه عبدًا، فأبق.

وإن اختلطت السفينة التى فيها اللوح بسفنٍ للغاصب؛ ففيه وجهان:

أحدهما: ينقض الجميع؛ كما ينقض جميع السفينة.

والثانى: لا ينقض ما لم تتعين؛ لأنه إتلاف مالٍ لم يتعين فيه التعدى.

(فصل) وإن غصب جوهرةً، فبلعتها بهيمة له، فإن كانت البهيمة مما لا تؤكل؛ ضمن قيمة الجوهرة؛ لأنه تعذر ردها، فضمن البدل.

وإن كانت مما تؤكل؛ ففيه وجهان؛ بناءً على القولين فى الخيط الذى خيط به جرح ما يؤكل.

(فصل) وإن غصب فصيلًا، فأدخله إلى داره، فكبر، ولم يخرج من الباب؛ نقض الباب لرد الفصيل، كما ينقض البناء لرد الساج.

وإن دخل الفصيل إلى داره من غير تفريطٍ منه؛ نقض الباب، وعلى صاحب الفصيل ضمان ما يصلح به الباب؛ لأنه نقض لتخليص ماله، من غير تفريطٍ من صاحب الباب.

(فصل) وإن غصب دينارًا، وطرحه فى محبرةٍ؛ كسرت المحبرة، ورد الدينار؛ كما ينقض البناء لرد الساج.

وإن وقع فى المحبرة من غير تفريطٍ من صاحبها؛ كسرت، وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة؛ لأنها كسرت لتخليص ماله، من غير تفريطٍ من صاحب المحبرة.

(الشرح) قوله: «المِحْبَرَةُ»[١] بالكسر: وعاء الحِبْرِ الذى يُكتب به، وفتح الميم وضم الباء لغة أيضًا، ذكره فى ديوان الأدب[٢].

---

(١) ينظر النظم (٢/ ٢٣).

(٢) صحف هنا؛ لأن الذى فى ديوان الأدب (١/ ٢٨٩): مخبرة بالمعجمة. غير أن الفيومى ذكر هذه اللغة فى المصباح (حبر)، وكذا هى فى اللسان (حبر).

قال الهروى[1] : قال بعضهم: سمى الحِبْرُ حِبْرًا؛ لتحسينِهِ الخطَّ وتزيينه إياه، وقيل: لتأثيره فى المكان يكون فيه، من الْحبار، وهو: الأثر.

الأحكام: إنْ غصَبَ لوحًا وأدخله فى سفينة: فإنْ كانت السفينةُ على الشطِّ، أو فى موضع من الماءِ لا يخشَى فيه الغرق، أو كان اللَّوْحُ فى أعلى السفينة؛ بحيث لا يخافُ عليها مِنْ قلعه - لَزِمَهُ قَلْعُهُ وردُّه إلى صاحبه إذا لم يرضَ بغير القلع.

وإنْ خيف عليه من نزعه الغرق، بأن كانت فى لُجَّة البحر:

فإنْ كان فيها حيوانٌ له حُرْمة، لم ينزعْ حتى تردَّ إلى الساحل، أو موضع يأمن فيه عليها الغَرَق؛ لما ذكرناه فى الخيط.

وإن كان فيها مالٌ غير الحيوان: فإنْ كان لغير الغاصب، لم ينزع؛ لأنه إتلاف مالِ مَنْ له حُرْمة بجناية غيره؛ فلم يجز. وإنْ كان المال للغاصب، أو لم يكنْ فيها شىْء يخاف عليه، وإنما يخاف عليها الغرق - ففيه وجهان:

أحدهما: ينزع كما ينقض الدار لردِّ الساج فى البناء.

والثانى: لا ينزع؛ وهو الأصح؛ لأنه يمكن ردُّه من غير إتلاف المال؛ بأن تجىء إلى الشَّطِّ، بخلاف الساج فى البناء؛ لأنه لا يمكنُ رَدُّه إلا بذلك؛ فافترقا.

وعلى هذا: إذا أراد المالكُ أن يطالبَ بالقيمة، كان له ذلك؛ لأنه حال بينه وبين مالِهِ؛ فجاز له المطالبَةُ بالبَدَلِ؛ كما لو غصَبَ منه عبدًا؛ فأبق.

فصل: فإن اختلطتِ السفينةُ التى فيها اللَّوْحُ بسفن للغاصب، ولم تعرفْ بعينها أو اختلطَتِ الدار التى فيها الساجُ بدور للغاصب، ولم تعرف عينها - ففيه وجهان:

أحدهما: ينقض الجميع حتى يصلَ إليه؛ كما تنقض جميع الدار وجميع السفينة.

والثانى: لا ينقض منها شىْء ما لم يتعيَّن؛ بل تضمن قيمته؛ لأنه إتلاف مال لم يتعيَّن فيه التعدِّى.

قال فى «الإيضاح»: وكذلك الكلام فى الحجر، والحديد، وسائر الآلات.

فصل: وإنْ غصَبَ جوهرةً، فبلَعَتْها بهيمةٌ له، أو دراهمَ أو دنانيرَ أو غيرَ ذلك ممَّا لا يتلفُ بالبلعِ - نظرْتَ:

فإن كانتِ البهيمةُ ممَّا لا تؤكلُ، لزمه قيمةُ الجوهرة، وبدل الدراهم والدنانير؛

---

(١) ينظر الغريبين (١/ ١٩٤) .

لأنه تعذَّر ردُّه؛ لأنه لا يجوزُ ذبحها، ولا شَقّ بطنها لذلك؛ فلزمه البدل.

وإن كانت مما تؤكلُ، ففيه وجهان؛ بناءً على القولَيْن فى الخيط الذى خيط به جرح ما يؤكَلُ، وتوجيههما ما ذكرناه.

فصل: وإنْ غصب فصيلًا، فأدخله إلى دارِ نفسِهِ فكبر، ولم يمكنْ إخراجه إلا بهَدْم الباب نقض الباب؛ ليردَّ الفصيل؛ كما ينقض البناء لردِّ الساج، ولا شىء على صاحب الفصيل.

وإن دخل الفصيلُ إلى داره من غير تفريطٍ مِنْ صاحبِ الدارِ نقض الباب؛ ليخرج الفصيل، وعلى صاحب الفصيل ضمانُ ما يصلح به الباب، وهو أرشُ ما نقصَ به الباب، سواء كان ذلك بتفريطٍ من صاحب الفصيلِ بأنْ أدخله إليها مِنْ غَيْرِ إذنِ صاحبها، أو كان بغير تفريط منه، بأنِ انفلَتَ الفصيلُ مِنْ يده، ودخل الدار؛ لأنه نقض لتخليص ماله من غير تفريطٍ من صاحب الباب.

فصل: وهكذا إذا باعَ دارًا، وفيها حباب، وهى الأزيار عند أهل مِصْر، لا يخرجُ إلا بنقضِ الباب - نقض وأخرجت، وكان إصلاحُ ذلك عليه؛ لأنه نقض لتخليصِ ماله.

فصل: وإنْ غصب دينارًا، أو طرحه فى محبرة له، عامدًا أو ناسيًا، وجب كسرها، وردّ الدينار؛ كما ينقضُ البناء لردِّ الساجِ، ولا ضمانَ على صاحبه؛ لأنَّه مفرِّطٌ بطرحه فيها. وإن وقع فيها مِنْ غير تفريطٍ من صاحب المحبرة؛ مثل أن يكونَ صاحب الدينار وضعه فى طاقٍ؛ فيقع فيها أو طرحه هو فيها - كُسِرَتِ المحبرة، وعلى صاحب الدينار قيمة المِحْبرة إن كان لا قيمة لمكسورها، أو أرش ما نقص مِنْ قيمتها إن كان لمكسورِها قيمة؛ لأنها كسرَتْ ليخلص ماله مِنْ غير تفريط مِنْ صاحب المحبرة.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وإن غصب عينًا، وباعها، وقبضها المشترى، وتصرف فيها، وتلفت عنده - فللمالك أن يضمن الغاصب؛ لأنه غصبها، وله أن يضمن المشترى؛ لأنه قبض ما لم يكن له قبضه، فصار كالغاصب، فإن ضمن الغاصب العين، ضمنه قيمته أكثر ما كانت قيمته، من حين قبض إلى أن تلف فى يد المشترى؛ لأنه من حين الغصب إلى

حين التلف فى ضمانه.

وإن ضمن المشترى؛ ضمنه أكثر ما كانت قيمته من حين قبض، إلى أن تلف؛ لأنه لم يدخل فى ضمانه قبل القبض؛ فلا يضمن ما قبله.

فإن بدأ فضمن المشترى؛ نظرت: فإن كان عالمًا بالغصب؛ لم يرجع بما ضمنه على الغاصب؛ لأنه غاصب تلف المغصوب عنده فاستقر الضمان عليه؛ كالغاصب من المالك، إذا تلف عنده، فإن لم يعلم؛ نظرت فيما ضمن: فإن التزم ضمانه بالعقد، كبدل العين، وما نقص منها؛ لم يرجع به على الغاصب؛ لأن الغاصب لم يغره، بل دخل معه على أن يضمنه.

وإن لم يلتزم ضمانه بالعقد؛ نظرت: فإن لم يحصل له فى مقابلته منفعة، كقيمة الولد، ونقصان الجارية بالولادة؛ رجع على الغاصب؛ لأنه غره، ودخل معه على ألا يضمنه.

وإن حصلت له فى مقابلته منفعة؛ كالأجرة، والمهر، وأرش البكارة؛ ففيه قولان:
أحدهما: يرجع به؛ لأنه غره، ولم يدخل معه على أن يضمنه.

والثانى: لا يرجع به؛ لأنه حصل له فى مقابلته منفعة، وإن بدأ فضمن الغاصب، فما لا يرجع به المشترى على الغاصب إذا غرم رجع به الغاصب على المشترى، وما يرجع به المشترى على الغاصب، لا يرجع به؛ لأنه لا فائدة فى أن يرجع عليه، ثم يرجع المشترى به عليه.

(الشرح) الأحكام: إن غصب عينًا، وباعها، وقبضها المشترى، وتصرّف فيها، وتلفَتْ عنده: فللمالك أن يضمن الغاصب؛ لأنه غصبها، وله أن يضمن المشترى؛ لأنه قبض ما لم يكنْ له قبضه، فصار كالغاصب:

فإن ضمن الغاصب، ضمنه أجرة العين مِنْ حين الغصب إلى حين التلفِ، وضمنه قيمتها أكثَرَ ما كانَتْ قيمةً من حين الغصب إلى أنْ تلفت فى يد المشترى؛ لأنها من حينِ الغَصْبِ إلى أن تلفت فى ضمانه.

وإنْ ضمن المشترى، ضمنه أجرتها من حين قبضها إلى أن تلفت فى يده، وضمنه قيمتها أكثر ما كانَتْ قيمتةً من حين قبضت إلى أن تلفت؛ لأنها لم تدخلْ فى ضمانه إلا بعد القبض؛ فلا يضمنُ ما قبله.

وإنْ كانتْ جارية، ووطئها المشترى، وأحبلها، فكل ما وجَبَ إذا كان الواطئ هو

الغاصب - وجب هاهنا مثله، لا فرق بين الموضعَيْن إلا فى شئ واحد، وهو أن الجهالة هاهنا أمكن أن يقبلَ فيها قوله؛ لأنه قد لا يعلم أنَّها مغصوبة.

فصل: فإن بدأ فضمنَ المشترى - نظرْتَ:

فإنْ كان عالمًا بالغصبِ، لم يرجعْ بشئ ممَّا ضمنه على الغاصبِ؛ لأنَّه غاصب تلف المغصوب عنده؛ فاستقرَّ الضمان عليه؛ كالغاصب من المالك إذا تلف ذلك عنده.

وإنْ لم يعلمْ بالغصب - نظرْتَ فيما ضمن:

فإنْ كان مما التزمَ ضمانه بعقد البيعِ، وهو كلُّ ما دخل فى العقدِ على أنْ يكون مضمونًا عليه؛ كبدل العين، وهو قيمتها وما نقص منها من الأَجْر، لم يرجعْ به على الغاصب؛ لأن الغاصب لم يغره، بل دخل معه فى العقد على أن يضمنه بالثمن؛ لأنه لو لم يكن مغصوبًا، وتلف، لم يكن له الرجوعُ بشئ من ذلك عليه؛ فكذلك إذا كان مغصوبًا.

وإن لم يكنْ ذلك مما التزم ضمانه بالعقد - نظرت:

فإن لم يحصل له فى مقابلته منفعة: كقيمة الولد، ونقصان الجارية بالولادة - رجع به على الغاصب؛ لأنه غره؛ لأنه دخل معه فى العقد على ألا يكون ذلك مضمونًا عليه، ولم يحصلْ من جهته إتلاف؛ فإن الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه.

ومن أصحابنا من جعل النقص بالولادة فى حُكْم ذهاب الأجزاء فى أنه لا يرجع به

وإنْ حصلَتْ له فى مقابلته منفعة: كالأجرة والمهر وأرش البكارة - ففيه قولان:

أحدهما: يرجع به؛ لأنه غره، ولم يدخل معه على أن يضمنه.

والثانى: لا يرجع به، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه حصل له فى مقابلته منفعة.

ومن أصحابنا مَنْ جعل أرش البكارة فى حكم القيمة فى أنه لا يرجعُ به عليه.

فإنْ قلنا: لا يرجع بالأجرة عليه إذا استوفاها، فهل يرجع بها عليه إذا أمسكها، ولم يستخدمها حتى تلفَتْ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرجع بالأجرة؛ لأنه لم يستوف بدل ما غرم، ودخل معه على ألَّا يضمنه.

والثانى: لا يرجع؛ لأن تلفها تحتَ يده بمنزلةِ إتلافها، فإنْ أبرأه المغصوبُ منه

من القيمة والأجرة والمهر، لم يرجع المشترى على الغاصب بشئ.

وإن أخذ المالك من المشترى ما نقص به الثوب بالبلى: قال فى «الإيضاح»: فقد قيل: إن كان ذلك بفعل من المشترى وتصرف، لم يرجع به على الغاصب، وإن كان ذلك بلا فعله، رجع، قال: وقد خرج ذلك على وجهين؛ كالمهر، فإن بدأ فضمن الغاصبُ ما لزمه قبل قبض المشترى من أجرة وغيرها، لم يرجع به على المشترى؛ لأن يد المشترى لم تثبت عليه، وما لزمه بعدُ قبض المشترى، فكل ما لم يرجعْ به المشترى على الغاصب إذا غرمه المشترى، رجع به الغاصبُ على المشترى، وكل ما يرجع به المشترى على الغاصب إذا غرمه، لا يرجع به الغاصبُ على المشترى؛ لأنَّه لا فائدة فى أن يرجع به على المشترى، ثمَّ يرجع به المشترى عليه، فأمَّا الثمن الذى أخذه الغاصبُ من المشترى، فعليه ردُّه إليه بكلِّ حال؛ لأنه أخذه بغير حقٍّ، فإن كان جاريةً، فردَّها عليه حاملًا، فماتَتْ عنده من الوضع - ضمنها الواطئ؛ لأنَّ التلف حصل بسبب من جهته.

فصل: وإنْ أجر الغاصبُ المغصوبَ، كانتِ الإجارُ باطلةً، وللمغصوب منه أن يرجع بأجرة المثل فى المدَّة التى أقامت فى يد المستأجر على من شاء منها، فإنْ رجع على المستأجر، لم يرجعْ بذلك على الغاصب؛ لأنه دخل فى العقد على أن يضمنَ المنفعة، وسقط عنه الأجرة المسماة، فإن كان الغاصبُ قد قبضها، وجب ردُّها عليه، وإن تلفت العين فى يد المستأجر، كان للمالك أن يرجعَ عليه بقيمتها، فإذا رجع بها عليه، كان للمستأجر أن يرجع بها على الغاصب؛ لأنه دخل معه على ألَّا يضمن العين، ولا حصل له بدل فى مقابلة ما غرم.

وإن أودع المغصوب أو وكل وكيلًا فى بيعه، وسلّمه إليه، فتلف فى يده، فللمالك أن يرجعَ عليه بالقيمة؛ فإنْ رجع عليه بها، وبالأجرة للمدَّة التى أقامَتْ فى يده، رجع على الغاصب بما غرمه مِنَ القيمة والأجرة؛ لأنه دخل معه على ألا يضمن ذلك، ولا حصل له بدل عما ضمن.

وإذا أعار الغاصبُ الثوب المغصوب مِنْ رجل فلبسه وأبلاه، كان للمالك أن يضمن الأجرة، وأرش النقص مَنْ شاء منهما.

وإن ضمن ذلك المستعير، فهل له أن يرجع بذلك على الغاصبِ؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يرجع؛ لأنه استوفى بدل ما غرم.

والثانى: يرجع؛ لأنه دخل معه على ألا يضمن ذلك.

وإن ضمن الغاصب: فإن قلنا: يرجع المشترى على الغاصبِ بما غرم، لم يرجع الغاصب على المشترى، وإن قلنا: لا يرجع المشترى على الغاصب بما غرم، رجع الغاصب به عليه.

وإن تلف الثوب فى يد المستعير، كان للمغصوب منه الأجرة وقيمة الثوب أكثر ما كانَتْ قيمته مِنْ حين الغصب إلى حين التلفِ، وله أن يضمن الغاصب جميع ذلك، وله أن يضمن المستعير ذلك من حين قبضه إلى حين التلف، ويستقر ضمانُ القَدْر الذى هو قيمتُهُ يومَ التلف على المستعيرِ، والباقى مع الأجرة على ما مضَى من القولَيْن، ويحتمل أن يرجع بما زاد على قيمته يومَ التلف قولًا واحدًا.

وإذا قلنا: إنَّ العارية مضمونةٌ به؛ لأنه دخل معه [على] ألا يضمن إلا ذلك، لم يستوف بدله.

فصل: وإذا زوج الغاصب الجارية، كان النكاح باطلًا، فإنْ وطئها الزوجُ، وجب عليه مهر المثل، فإذا أخذه منه المالك لم يرجعْ على الغاصب؛ لأنه دخل فى العقد على أن يضمن منفعة البضع، وأمَّا المهر المسمَّى فإنْ كان الغاصبُ قد قبضه، وجب عليه ردُّه إليه.

فصل: وإن شَرَدَتِ الدابَّة المغصوبة من يد الغاصب، فركبها رجلٌ فى حال الشرود، فللمالك أن يطالب مَنْ شاء منهما بأجرة ذلك: فإنْ ضمنها الراكب، لم يرجعْ بها على الغاصب، وإن ضمنها الغاصبُ، رجع بها على الراكب؛ لأنه المتلف للمنفعة.

فصل: فإنْ كان المغصوبُ عبدًا، فقطع رجلٌ يده فى يد الغاصب، فللمالك أن يضمن الجانى أرشَ جنايته، وهو نصف قيمة العبد؛ لأنه أتلف يد عبده بغير حقٍّ، وله أن يضمن الغاصب أكثَرَ الأمرين من نصف القيمة أو ما نقص مِنْ قيمته بذلك؛ لأنه مضمون عليه بالغصب؛ فكان ما لحقه مِنَ النقص مضمونًا عليه، كما لو سقطتْ يده بآكلة، وقعت فيها.

فإنْ بدأ وضمن الجانى - نظرْتَ:

فإنْ كان نصف القيمة أكثَرَ مما نقص من قيمته بالقطعِ، لم يكنْ له مع ذلك شىء.

وإن كان نصفُ القيمة أقلَّ ممَّا نقص من قيمته بذلك، كان له أن يضمن الغاصب

تمامَ ذلك، ولا يرجع القاطع على الغاصب بشئ في الحالَيْن؛ لأنه غرم أرش جنايته؛ فلم يرجعْ به على غيره.

وإن بدأ فضمن الغاصب: فإن كان نصف القيمة أكثَرَ مما نقص من قيمته، رجع بكل ما غرم على القاطع؛ لأنَّ وجوب ذلك بجنايته؛ فاستقرَّ الضمان عليه، وإن كان ما نقص من قيمته أكثَرَ، رجَعَ منه بقدر نصف القيمة، ولم يرجع بالباقى؛ لأن القاطع لا يضمن بالقطع أكثَرَ من أرش المقطوع.

فإن ضمن الجانى أرش الجناية، وضمن الغاصب الباقى، جاز.

فصل: وإن غصب دارًا وباعها، وقبضها المشترى وبناها ثانيًا - نظرْتَ:

فإن بناها بآلاتها وترابها، كان له أن يأخذها، ويطالب بأجرتها للمدَّة التى أقامَتْ فى يده، وأرش النَّقْص إن نقص بذلك قيمتها، وإن بناها بآلات مِنْ عنده، كان له أن يأخذ العَرْصة من يد المشترى، ويطالبه بقلع البناء الذى بناه فيها، وبأرش ما نقص من قيمة الدار بنقص بنائها الذى كان فيها، وبأجرة مثل تلك الدار مِنْ حين حصلت فى يده إلى حِينِ نَقْص البناء، وأجرة مثلِ العَرْصة من حين النقص إلى حين الردِّ؛ لأن البناء الثانى ليس له، وإنما هو للمشترى؛ فلا يستحقُّ بأجرته عليه، ثم لا يكون للمشترى أن يرجعَ على الغاصبِ بما غرمه لأجل النقص.

وقيل: يرجع عليه به؛ لأنه غرَّه.

والمشهور هو الأوَّل.

ولا يرجع بما أنفق، وهل له أن يرجع بالأجرة؟ فيه القولان.

وإن أراد المالكُ أن يضمن الغاصب جميعَ ذلك، كان له أن يضمنه، وإذا غرمه الغاصبُ، رجع على المشترى بأرش النقصِ، وهل يرجع بالأجرة؟ هو على القولَيْن.

فصل: وإنْ غصب شاةً، وأمر قصَّابًا بذبحها، فذبحها، كان للمالك أن يأخذها مذبوحة، ويضمن مَنْ شاء منهما ما بين قيمتها حيَّةً ومذبوحةً؛ لأنَّ القصاب باشَرَ الذبح، والغاصب كان سببًا فيه، فإنْ ضمن الغاصب ذلك لم يرجع به على القصاب، وإن ضمن القصاب رجع به على الغاصب؛ لأن القصاب ذبَحَ عنه بأمره؛ فاستقرَّ الضمان عليه.

ويفارق إذا دعاه إلى طعامٍ مغصوبٍ، فأكله حيث قلنا: يسقط الضمان عن

الغاصب فى أحد القولَيْن؛ لأن منفعة الطعام حصَلَتْ للأكل؛ فلزمه غرمه فى أحد القولَيْن، وهاهنا حصلَتِ المنفعة للغاصب.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل) وإن غصب من رجلٍ طعامًا، فأطعمه رجلًا؛ فللمالك أن يضمن الغاصب؛ لأنه غصبه، وله أن يضمن الآكل؛ لأنه أكل ما لم يكن له أكله، فإن ضمن الآكل؛ نظرت: فإن علم أنه مغصوب فأكله، لم يرجع على الغاصب بما ضمن؛ لأنه غاصب استهلك المغصوب، فلم يرجع بما ضمنه، فإن أكل ولم يعلم أنه مغصوب؛ ففيه قولان:

أحدهما: يرجع؛ لأنه غره، وأطعمه على ألا يضمنه.

والثانى: لا يرجع؛ لأنه حصل له منفعة، فإن أطعمه المالك، فإن علم أنه له؛ بَرِئَ الغاصب من الضمان؛ لأنه استهلك ماله برضاه مع العلم به، وإن لم يعلم؛ ففيه قولان:

أحدهما: يبرأ الغاصب؛ لأنه عاد إلى يده، فبرئ الغاصب من الضمان؛ كما لو رده عليه.

والثانى: لا يبرأ؛ لأنه إنما ضمن؛ لأنه أزال يده وسلطانه عن المال، وبالتقديم إليه ليأكله؛ لم تعد يده وسلطانه؛ لأنه لو أراد أن يأخذه؛ لم يمكنه فلم يزل الضمان.

(الشرح) الأحكام: إن غصَبَ مِنْ رجل طعامًا، فأطعمه رجلًا غير المالك، فللمالِكِ أن يضمن الغاصب؛ لأنه غصبه، واستولى عليه بغير حقٍّ، وله أن يضمن الأكل؛ لأنه أكل ما لم يكنْ له أكله؛ لأنه أكله بغير حقٍّ؛ لأنه أخذه مِنْ يد ضامنه.

فإنْ ضمن الأكل، ضمنه بأكثر ما كانَتْ قيمته مِنْ حين تناوله إلى أن أكله، وهل يرجع به على الغاصب؟ نظَرْتَ:

فإنْ علم أنه مغصوبٌ حين أكله بقول الغاصب أو قوله، لم يرجعْ على الغاصب بما ضمن؛ لأنه غاصب استهلَكَ المغصوب مع العلم؛ فلم يرجعْ بما ضمنه.

وإن أكل ولم يعلم أنه مغصوب بأنْ قال له: كُلْ، أو قال له: وهبتُكَ، ففيه قولان:

أحدهما: يرجع؛ لأنه غرَّه، وأطعمه على ألَّا يضمنه.

والثاني: لا يرجع؛ لأنه حصلت له منفعته.

وإن ضمن الغاصب، ضمنه بأكثر ما كانت قيمته مِنْ حين الغصب إلى حين التلف؛ لأنه وإن كان في يد الآكل، فهو باق على ضمانه، وهل يرجعُ على الآكل؟ نظَرْتَ:

فإن علم الآكل أنه مغصوبٌ حال الأكل، رجع عليه؛ لأنه غاصب أتلف المغصوبَ؛ فرجع عليه؛ لأن الضمانَ استقرَّ عليه.

وإن أكله ولم يعلم أنه مغصوبٌ، فعلى القول الأول: لا يرجعُ على الآكل؛ لأنه لو رجع عليه، لرجع هو عليه؛ فلا فائدة فيه، وعلى القول الثاني: يرجع.

وإن قال له: كل هذا الطعام، فإنه لي، فأكله: فإنْ ضمن المالك الآكل، ففي رجوعه على الغاصبِ القولان، وإنْ ضمن الغاصبَ، لم يرجعْ به على الآكل قولًا واحدًا؛ لأنه اعترف بأنَّه ملكه، وأنَّ البينة التي شهدتْ به كاذبة، وإن ظلمه بأخذ القيمة منه، فلا يرجع على غير مَنْ ظلمه بخلافِ ما إذا وهبه أو أباحه له؛ لأنَّ هناك لم يصرّح بتكذيب البيّنة؛ فافترقا.

فصل: فإنْ أطعمه الغاصبُ مالكَهُ: فإنْ علم أنه طعامه، برئ الغاصب من الضمان؛ لأنه استهلك ماله برضاه مع العِلْم به؛ فصار كما لو تصرَّف فيه بوجه آخر، وإن لم يعلم بذلك - ففيه قولان:

أحدهما: أنه يبرأ الغاصب من الضمان، وبه قال أبو حنيفة[1].

والثاني: لا يبرأ، وهو المنصوصُ للشافعي؛ لأنه إنما ضمن؛ لأنه أزال يده وسلطانه عن المال وبالتقديم إليه ليأكله لم يُعِدْ يده وسلطانه؛ لأنه لو أراد أن يأخذه، لم يمكنه منه؛ فلم يزل الضمان، ولأنه لم يرض بأكل ماله؛ فأشبه إذا أكره عليه.

قالوا: أكل طعام نفسه باختياره، فأشبه إذا أكله مِنْ غير إذنٍ.

قلنا: هناك أكلَ من غير غرور؛ فرضي بالخسران، وهاهنا أكل مع الغرور؛ فلم يرض بالخسران.

قالوا: إباحةُ الغاصبِ لا تصحُّ؛ فيصير كما لو أكل مِنْ غير إذن.

---

(١) قال في شرح فتح القدير (٤/ ٤٧٧): إذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله، سقط تضمينه الغاصب .

قلنا: يبطل به إذا أباحه لغير المالك، ولأنه ينكسر بالقبض فى البيع الفاسد؛ فإنه لا يصحُّ، ثم هو كالصحيح فى الضمان.

قالوا: رجع إلى يده؛ فَأشبه إذا باعه منه، أو وهبه له.

قلنا: لا نسلِّم؛ لأنه رجع إلى يده؛ لأنه لم يسلمه تسلميًا تامًّا؛ فهو كما لو كان حطبًا، فقال له: أوقده فى تنُّورى، وفى البيع وجد شرط الضمان، وفى الهبة وجهان، وإن سلِّم؛ فلأنه عاد إلى يده وسلطانه، وهاهنا بخلافه.

قالوا: أتلف المغصوب بفعله، فهو كما لو كان المغصوبُ عبدًا، فأعتقه.

قلنا: قال أصحابنا: إذا أعتقه مع الجهل به، لم يصحَّ عتقُهُ؛ كما قلنا فى الطعام.

فصل: وإن غصب منه دابةً وشعيرًا وأعلَفَ الدابَّةَ ذلك الشعير، أو طعامًا وأطعمه عبدًا للمغصوبِ منه بغير إذنِهِ - لم يبرأ من الضمان قولًا واحدًا، وإن كان يأذن المالكُ وهو عالمٌ بأنه مالُهُ - سقَطَ عنه الضمان، وإن كان غير عالم بأنَّه ماله قال فى «الإيضاح»: ففى ضمانه قولان.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن غصب من رجلٍ شيئًا، ثم رهنه عنده، أو أودعه (عنده)، أو آجره منه، وتلف عنده، فإن علم أنه له؛ برئ الغاصب من ضمانه؛ لأنه أعاده إلى يده وسلطانه، وإن لم يعلم؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يبرأ الغاصب من الضمان؛ لأنه عاد إلى يده.

والثانى: لا يبرأ؛ لأنه لم يعد إلى سلطانه، وإنما عاد إليه على أنه أمانة عنده.

وإن باعه منه، برئ من الضمان علم، أو لم يعلم؛ لأن قبضه بابتياعٍ يوجب الضمان؛ فبرئ به الغاصب من الضمان.

(فصل) وإن غصب شيئًا، فرهنه المالك عند الغاصب؛ لم يبرأ الغاصب، وقال المزنى: يبرأ؛ لأنه أذن له فى إمساكه، فبرئ من الضمان، كما لو أودعه، والمذهب الأول؛ لأن الرهن يجتمع مع الضمان، وهو إذا رهنه شيئًا، فتعدى فيه فلا ينافى الضمان.

(فصل): وإن غصب حرًا، وحبسه ومات عنده - لم يضمنه؛ لأنه ليس بمالٍ، فلم يضمنه باليد.

وإن حبسه مدةً لمثلها أجرة، فإن استوفى فيها منفعته؛ لزمته الأجرة؛ لأنه أتلف

عليه ما يتقوم فلزمه الضمان، كما لو أتلف عليه ماله، أو قطع أطرافه.

وإن لم يستوف منفعته؛ ففيه وجهان:

أحدهما: تلزمه الأجرة؛ لأن منفعته تضمن بالإجارة، فضمنت بالغصب؛ كمنفعة المال.

والثاني: لا تلزمه؛ لأنها تلفت تحت يده، فلا يضمنه الغاصب بالغصب؛ كأطرافه، وثياب بدنه.

(الشرح) قوله: «لم يعد يده وسلطانه»[1] السلطان هاهنا: المِلْكُ والتصرف، وفي غير هذا: الحجة والوالي.

الأحكام: إن غصب مِنْ رجل شيئًا، ثم رهنه الغاصبُ عند المالك، أو أودعه أو أجَرَهُ منه، وتلف عنده: فإن علم أنه ماله، برئ الغاصب من الضمانِ؛ لأنه عاد إلى يده وسلطانه. وإن لم يعلَمْ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يبرئ الغاصب مِنَ الضمان؛ لأنه عاد إلى يده.

والثاني: لا يبرئ؛ لأنه لم يعد إلى سلطانه، وإنما عاد إليه على أنه أمانَةٌ عنده.

وإن أتلفه المالكُ، برئ الغاصب من الضمان وجهًا واحدًا.

وإن باعه منه، وأقبضه، برئ من الضمان، علم أو لم يعلم؛ لأنه قبضه بابتياع يوجبُ الضمان؛ فبرئ به الغاصب مِنَ الضمان، ثم ينظر: فإنْ كان الغاصب قد قبض الثمن، وجب عليه ردُّه إليه، وهو مضمون عليه إلى أن يرده.

فصل: وإنْ وهبه للمالك وأقبضه، فأتلفه: فإنْ علم أنه ماله، برئ الغاصب من الضمان، وإن لم يعلم أنه مالُهُ: فإنْ قلنا: إذا أباحه له، فأكله يبرأ، فهاهنا أولى، وإن قلنا هناك: إنه لا يبرأ فهاهنا فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يبرأ؛ لأنه لم يعلم أنه له؛ فهو بمنزلة الإباحة.

والثاني: يبرأ؛ لأنه قد سلم تسليمًا تامًّا؛ فسقط حقه منه بخلاف الإباحة.

فصل: وإن غصب شيئًا، فرهنه المالك عند الغاصب قبل أن يقبضه منه؛ لم يبرأ الغاصب من الضمان بذلك.

وقال المزني: يبرأ، وبه قال أبو حنيفة.

---

(١) ينظر النظم (٢/ ٢٤)

دليلنا: هو أن الرهن يجتمع مع الضمان، وهو إذا أرهنه شيئًا فتعدى فيه، فلا ينافى الضمان الموت؛ لأنه قد يسلم المريض ويموت الصحيحُ، بخلاف تلك الأشياء؛ فإنها موجبة للحد، ولأنَّ المرض لا بد أنْ يزداد ثم يموت منه، والزيادة حدثَتْ فى يده؛ فلزمه الضمان.

فإنْ ردَّه الغاصبُ على المالك مريضًا أو مجروحًا، فمات عند المالك: قال فى «الإيضاح»: لم يضمن الغاصب نفسه، وإنما يضمن أرش النقص الذى ردَّه به.

قال: فإنْ جرحه المولى فى يد الغاصب، ومات عنده، فلا ضمان على الغاصب؛ لأنَّ المولَى قتله.

قال: وفيها وجه آخر: أنه يضمن قيمته، إلا أرش جرح المالك؛ لأنَّ مقامه على إمساكه مجروحًا كابتداء غصبه مجروحًا.

وإن جنى العبد فى يد الغاصبِ جنايةَ خطأ، فعفى عنه، وردّه إلى المالك، فلا شىء عليه بذلك؛ لأن ذلك ليس بعيبٍ، ولا حصل به نقص؛ فيضمن الأرش.

فصل: وإنْ قتل العبد الغاصب، وجاء إلى سيِّده: فإنْ عفا وارث الغاصب عن القصاص والدية - سقط ضمان العبد، وإن اقتصَّ منه، لزمه قيمته لسيده؛ كما لو لم يتسلمه، قال فى «الإيضاح»: وكذلك لو طالبه بالدِّية من رقبته.

فصل: وإن غصب مكاتبًا، ثم أطلقه، فعليه أجرة مثل المكاتب للمدة التى أقام فى يده، وتكون الأجرة للمكاتب لا لمولاه.

فصل: وإنْ غصب مولَى المكاتب المكاتب، وأحال بينه وبين منافعه، قال فى «الإيضاح»: فقد قيل: فيه قولان:

أحدهما: أنه يلزم المولَى أجرة مثله للمدَّة التى أقام فى يده، وليس عليه إنظاره بشىء من نجومه.

والثانى: أنه ينظره قدر المدَّة التى أقام فى يده بأداء ما غصبه دون الأجرة.

فصل: وإن غصب حُرًّا وحبسه ومات عنده، لم يضمنْهُ، صغيرًا كان أو كبيرًا؛ لأنه ليس بمال؛ فلم يضمنه باليد؛ بخلاف العبد.

وإن حبسه مدَّةً لمثلها أجرةٌ:

فإن استوفى فيها منفعتَهُ، لزمه الأجرة؛ لأنه أتلف عليه ما يتقوَّم؛ فلزمه الضمان؛ كما لو أتلف عليه ماله أو قطع أطرافه.

وإن لم يستوفِ منفعته، ففيه وجهان:

أحدهما: تلزمه الأجرة؛ لأنها منفعة تضمن بالإجارة؛ فضمنها بالغصب؛ كمنفعة المال من الرقيق وغيره.

والثاني: لا يلزمه، وهو المذهبُ؛ لأنها تلفت تحت يده؛ لأن الحر لا تثبت عليه يد غيره؛ فلا يضمنه الغاصب بنفس الغصب مِنْ غير إتلاف؛ كتلف أطرافه وثياب بدنه من غير إتلاف.

فصل: وإنْ أكره امرأةً على الزنى، فزنا بها وجب عليه المهر: فإنْ كانَتْ حرةً فهو لها، وإن كانت أمةً فهو للمولَى، وبه قال مالكٌ؛ وهو أصحُ الروايتين عن أحمد[١].

وقال أبو حنيفة: لا يجبُ عليه المهر[٢].

دليلنا: هو أنه وطء في غير ملكٍ يسقطُ فيه الحدُّ عن الموطوءة، والواطئ مِنْ أهلِ الضمانِ في حقِّها؛ فلزمه المهر؛ كما لو وطئها بشبهة، ولا يلزم إذا استدخلَتِ المجنونةُ ذكَرَ نائمٍ؛ لأنَّ الواطئ هناك هي الموطوءة، ولأن ما ضمن في العقد الصحيح، أو بإتلاف في الفاسد، ضمن بمجرَّد الإتلاف؛ كالأعيان، ولأنهما حقَّان لمستحقَّيْن؛ فجاز اجتماعهما بفعلٍ واحدٍ؛ قياسًا على قيمة العبد والكفَّارة وجزاء الصيد والقيمة ودية الحر.

قالوا: وطء يجبُ به الحدُّ؛ فلم يجبْ به المهر؛ كما لو طاوَعَتْهُ.

---

(١) قال في الإنصاف (٨/ ٣٠٧): قوله (والمكرهة على الزنا) . يعني: يجب لها مهر المثل، وهو المذهب مطلقا، وعليه جمهور الأصحاب . قال المصنف، والشارح: هذا ظاهر المذهب . وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع . وعنه: يجب للبكر خاصة . اختاره أبو بكر . وعنه: لا يجب مطلقا . ذكرها واختارها الشيخ تقي الدين - رحمه الله - . وقال: هو خبيث . فائدة: لو أكرهها ووطئها في الدبر، فلا مهر على الصحيح من المذهب . اختاره المصنف، والشارح . وجزم به في الكافي، والمغني، وشرح ابن رزين . وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والشرح، وغيرهم . وقيل: حكمه حكم الوطء في القبل . جزم به في المحرر . وأطلقهما في الفروع وتجريد العناية . تنبيهان، أحدهما: يدخل في عموم كلام المصنف: الأجنبية، وذوات محارمه . وهو المذهب . اختاره أبو بكر، وغيره . وقدمه في الفروع، والمغني، والشرح، ونصراه . وعنه: لا مهر لذات محرمه كاللواط بالأمرد . قال المصنف، والشارح: لأن تحريمهن تحريم أصل، وفارق من حرمت تحريم مصاهرة . فإن تحريمها طارئ .

(٢) قال في تبيين الحقائق (٣/ ١٧٨): ولو أكرهها يجب عليه الحد دونها، ولا يجب عليه المهر عندنا .

قلنا: المعنى فى الأصل: أنَّها زانيةٌ، فغلظ عليها بإسقاط المهر؛ كما غلظ عليها بإيجاب الحد، وهاهنا: موطوءة بشبهة فى حقِّها؛ ولهذا لا يجبُ عليها الحدُّ؛ فوجب المهْرُ.

قالوا: لو وجَبَ لها المهر إذا أكرهَتْ، لَوَجَبَ إذا طاوعت؛ كالمفوضة.

قلنا: هناك رضيت فى عقد يقتضى البدل؛ فلم يختلف الطوع والإكراه؛ كإتلاف مال الغير عندهم.

قالوا: حقَّان أحدهما يسقطُ بالشبهة، والآخر لا يسقط؛ فلا يجبان بفعل واحد؛ كالقصاص والدية.

قلنا: يبطل بالحد والقضاء فى الزنا فى رمضان، وبالحد والضمان فى شرب خمر النصرانى عندهم، ولأنه إذا جاز أن يجبَ فى قتل الخطأ وقتل العمد حقَّان لا يسقطان بالشبهة، وإن لم يجبْ ذلك فى سائر الأتلاف - جاز أن يجبَ هاهنا حقَّان يسقط أحدهما بالشبهة، والآخر لا يسقط.

وإن لم يجبْ ذلك فى سائر المواضع، والقصاصُ والديةُ بدلان، فلم يجبْ عن متلف واحد بجنايةٍ واحدةٍ، والحد تطهيرٌ، وليس ببدلٍ؛ فهو كالكفَّارة مع الدية.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): وإن غصب كلبًا فيه منفعة؛ لزمه رده على صاحبه؛ لأنه يجوز اقتناؤه للانتفاع به، فلزمه رده، فإن حبسه مدةً لمثلها أجرة؛ فهل تلزمه الأجرة؟ فيه وجهان؛ بناءَ على الوجهين فى جواز إجارته.

(فصل): وإن غصب خمرًا، نظرت: فإن غصبها من ذمى؛ لزمه ردها عليه؛ لأنه يقر على شربها، فلزمه ردها عليه، وإن غصبها من مسلم؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه ردها عليه؛ لأنه يجوز أن يطفىء بها ناراً، أو يبل بها طينًا، فوجب ردها عليه.

والثانى: لا يلزمه - وهو الصحيح - لما روى أن أبا طلحة - رضى الله عنه - «سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمرًا، فأمره أن يهرقها» فإن أتلفها، أو تلفت عنده؛ لم يلزمه ضمانها؛ لما روى ابن عباسٍ - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ - تعالى - إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ» ولأن ما حرم الانتفاع به، لم يضمن ببدلٍ كالميتة، والدم، فإن صار خلًا؛ لزمه رده على صاحبه؛ لأنه صار خلًا على حكم

ملكه، فلزمه رده إليه، فإن تلف ضمنه؛ لأنه مال للمغصوب منه، تلف في يد الغاصب، فضمنه.

(فصل): وإن غصب جلد ميتةٍ؛ لزمه رده؛ لأن له أن يتوصل إلى تطهيره بالدباغ، فوجب رده عليه.

فإن دبغه الغاصب؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه رده؛ كالخمر إذا صار خلًا.

والثاني: لا يلزمه؛ لأنه بفعله صار مالًا، فلم يلزمه رده.

(فصل): وإن (فصل) صليبًا أو مزمارًا؛ لم يلزمه شيء؛ لأن ما أزاله لا قيمة له، والدليل عليه ما روى جابر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة: «إِنَّ الله - تعالى - حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ، وَبَيْعَ الخنازير، وبيع الأصنام، وبيع الميتة» فدل على أنه لا قيمة له، وما لا قيمة له لا يضمن.

فإن كسره؛ نظرت: فإن كان إذا فصله يصلح لمنفعةٍ مباحةٍ، وإذا كسره لم يصلح؛ لزمه ما بين قيمته مفصلًا ومكسورًا؛ لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة، فلزمه ضمانه.

فإن كان لا يصلح لمنفعةٍ مباحةٍ؛ لم يلزمه شيء؛ لأنه لم يتلف ما له قيمة.

(الشرح) وأما قوله روى أن أبا طلحة سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمرا...»

فأخرجه أبو داود[1]، والترمذي[2]، وأحمد[3]، والدارمي[4]، والدارقطني[5]، من حديث أنس أن أبا طلحة فذكر الحديث.

وأخرجه مسلم[6]، والترمذي[7]، عنه بنحوه.

وأما حديث ابن عباس فينظر تخريج الحديث الآتي.

---

(١) (٣/ ٣٢٦) كتاب الأشربة: باب ما جاء في الخمر تخلل حديث (٣٦٧٥).
(٢) (٣/ ٥٨٨) كتاب البيوع: باب ما جاء في بيع الخمر والنهي عن ذلك حديث (١٢٣٩)
(٣) (٣/ ١١٩، ١٨٠، ٢٦٠).
(٤) (٢/ ١١٨) كتاب البيوع: باب النهي أن يجعل الخمر خلا.
(٥) (٤/ ٢٦٥) كتاب الأشربة: باب اتخاذ الخل من الخمر.
(٦) (٣/ ١٥٧٢) كتاب الأشربة: باب تحريم تخليل الخمر حديث (١١/ ١٩٨٣).
(٧) (٣/ ٥٨٩) كتاب البيوع: باب النهي أن يتخذ الخمر خلا حديث (١٢٩٤).

أما حديث «إن الله تعالى حرم بيع الخمر . . .».

أخرجه البخارى[١] ، ومسلم[٢] ، وأحمد[٣] ، وأبو داود[٤] ، والترمذى[٥] ، والنسائى[٦] ، وابن ماجه[٧] ، وأبو يعلى[٨] ، وابن الجارود[٩] ، والبيهقى[١٠] ، والبغوى فى شرح السنة[١١] ، من طريق يزيد بن أبى حبيب عن عطاء بن أبى رباح عن جابر به.

وقال الترمذى: حسن صحيح.

وفى الباب عن عمر بن الخطاب، وابن عباس، وأبى هريرة، وعبد الله بن عمرو، وأنس بن مالك، ويحيى بن عباد مرسلاً.

حديث عمر بن الخطاب:

أخرجه البخارى[١٢]، ومسلم[١٣]، والنسائى[١٤]، وابن ماجه[١٥]، والدارمى[١٦]، وأحمد[١٧] ، والحميدى[١٨] ، وعبد الرزاق[١٩] ، وابن الجارود[٢٠] ، وأبو يعلى[٢١]

---

(١) ٤/ ٤٢٤ كتاب البيوع باب بيع الميتة والأصنام (٢٢٣٦) .
(٢) ٣/ ١٢٠٧ كتاب المساقاة باب تحريم بيع الخمر (٧١/ ١٥٨١) .
(٣) ٣/ ٣٢٤، ٣٢٦ .
(٤) ٣/ ٧٥٦ - ٧٥٧ كتاب البيوع باب فى ثمن الخمر والميتة (٣٤٨٦) .
(٥) ٣/ ٥٩١ كتاب البيوع باب ما جاء فى بيع جلود الميتة والأصنام (١٢٩٧) .
(٦) ٧/ ٣٠٩ - ٣١٠ كتاب البيوع باب بيع الخنزير .
(٧) ٢/ ٧٣٢ كتاب التجارات باب ما لا يحل بيعه (٢١٦٧) .
(٨) (٣/ ٣٥٩، ٣٩٦) رقم ١٨٧٣ .
(٩) (٥٧٨) .
(١٠) ٦/ ١٢ كتاب البيوع باب تحريم بيع الخمر .
(١١) (٤/ ٢١٨ - بتحقيقنا) .
(١٢) ٤/ ٤٨٣ كتاب البيوع باب لا يذاب شحم الميتة (٢٢٢٣) .
(١٣) ٣/ ١٢٠٨ كتاب المساقاة باب تحريم بيع الخمر (١/ ١٨٥٢) .
(١٤) ٧/ ١٧٧ كتاب الفرع والعتيرة باب النهى عن الانتفاع بما حرم الله عز وجل .
(١٥) ٢/ ١١٢٢ كتاب الأشربة باب التجارة فى الخمر (٣٣٨٣) .
(١٦) ٢/ ١١٥ كتاب الأشربة باب النهى عن الخمر وشرائها .
(١٧) ١/ ٢٥ .
(١٨) ١/ ٩ رقم (١٣) .
(١٩) ٨/ ١٩٥ - ١٩٦ رقم (١٤٨٥٤) .
(٢٠) رقم (٥٧٧) .
(٢١) ١/ ١٧٨ رقم (٢٠٠) .

والبغوى فى شرح السنة[١] ، كلهم من طريق طاوس عن ابن عباس قال: بلغ عمر أن فلانا باع خمرا فقال: قاتل الله فلانا؛ ألم يعلم أن رسول الله ﷺ قال: «قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها»؟!

حديث ابن عباس:

أخرجه أحمد[٢] ، وأبو داود[٣] ، والبيهقى[٤] ، كلهم من طريق أبى الوليد عن ابن عباس قال: رأيت رسول الله ﷺ جالسا عند الركن قال: فرفع بصره إلى السماء فضحك فقال: «لعن الله اليهود، ثلاثا، إن الله تعالى حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها، وإن الله تعالى إذا حرم على قوم أكل شىء حرم عليهم ثمنه».

حديث أبى هريرة:

أخرجه البخارى[٥] ، ومسلم[٦] ، من طريق سعيد بن المسيب عن أبى هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «قاتل الله يهودا، حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها».

حديث عبد الله بن عمرو:

أخرجه أحمد[٧] ، قال: سمعت رسول الله ﷺ عام الفتح يقول: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير. فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يدهن به الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال: «لا. هى حرام» ثم قال: «قاتل الله اليهود، إن الله لما حرم عليهم الشحوم جملوها ثم باعوها فأكلوا ثمنها».

وذكره الهيثمى فى المجمع[٨] وقال: رواه أحمد والطبرانى فى الأوسط إلا أنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب، وثمن الخنزير، وعن مهر البغى، وعن عسب الفحل. ورجال أحمد ثقات، وإسناد الطبرانى حسن.

---

(١) (٤/ ٢٢٠ - ٢٢١ - بتحقيقنا) .
(٢) ١/ ٢٤٧، ٢٩٣ .
(٣) ٢/ ٣٠٢ كتاب البيوع باب فى ثمن الخمر والميتة (٣٤٨٨) .
(٤) ٦/ ١٣ كتاب البيوع باب تحريم بيع ما يكون نجسًا .
(٥) ٤/ ٤٨٤ كتاب البيوع باب لا يذاب شحم الميتة (٢٢٢٤) .
(٦) ٣/ ١٢٠٨ كتاب المساقاة باب تحريم بيع الخمر (١٥٨٣) .
(٧) ٢/ ٢١٣ .
(٨) ٤/ ٩٤ .

حديث أنس بن مالك:

أخرجه أحمد[١] ، وأبو يعلى[٢] ، وابن حبان[٣] ، من طريق عبد الرزاق، وهو فى مصنفه[٤] من حديث أنس بن مالك مرفوعا بلفظ: «قاتل الله اليهود؛ حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها».

حديث يحيى بن عباد مرسلاً:

ذكره الهيثمى فى المجمع[٥] ، عنه قال: أهدى النبى ﷺ زق خمر بعدما حرمت، فلما أتى بها النبى ﷺ فقال: «إن الخمر قد حرمت» فقال بعضهم: لو باعوها فأعطوا ثمنها فقراء المسلمين. فأمر بها النبى ﷺ فأهريقت فى وادى من أودية المدينة وقال: «لعن الله اليهود حرمت عليهم شحومها فباعوها وأكلوا أثمانها».

قال الهيثمى: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه أشعث بن سوار، وهو ثقة وفيه كلام.

قوله: «اقتناؤه»، اقتناء المال وغيره: اتخاذه، وهو مصدر اقتنى، تقول: اقتنى المال يقتنيه اقتناء، وهو أن يتخذه لنفسه لا للبيع، ويقال: هذه قنية واتخذها قنية للنسل لا للتجارة.

والقنوة - بالكسر والضم -، والقنية - بالكسر والضم - الكسبة، واقتنيته: كسبته. وقنوت العنز قُنُوًّا وقنوانًا وقنوا: اتخذتها للحلب، وله غنم قنوة - بالكسر والضم - خالصة له ثابتة عليه.

والقنية - بالكسر والضم - ما اكتسب، وجمعها: قنى. وقنى المال (كرمى) قنيا وقنيانا - بالكسر والضم -: اكتسبه[٦]. وقنى الغنم (كعنى): ما يتخذ منها للولد أو اللبن. وفى الحديث «نهى عن ذبح قنى الغنم».

قال أبو موسى: هى التى تقتنى للدر، واحدتها قنوة - بالكسر والضم -، وقنية -

---

(١) ٤/ ٩٢ .
(٢) ٣/ ٢١٧ .
(٣) ٥/ ٣٨٢ رقم (٣٠٤٢) .
(٤) (١١١٩ - موارد) .
(٥) ٩/ ٢١١ - ٢١٢ رقم (١٦٩٧٠) .
(٦) ينظر اللسان (قنا)، والقاموس المحيط (قنوة)، (قنية) .

بالكسر والضم - قال الزمخشرى: القنى والقنية: ما اقتنى من شاة أو ناقة، وقد قناه الله تعالى وأقناه: أعطاه ما يقتنى من القنية والنشب - المال - وفى التنزيل: ﴿وَأَنَّهُۥ هُوَ أَغْنَىٰ وَأَقْنَىٰ﴾ [النجم: ٤٨]، أى: أعطى قنية يبقى أصلها وتزكو كالإبل للنتاج والغنم فينتفع بقنيتها، قاله الأزهرى، وتقنى: اكتفى بنفقته ففضلت منه فضلة فادخرها.

ولم يخرج استعمال الفقهاء للاقتناء فى الجملة عن المعانى التى استعملها فيه أهل اللغة؛ فقد ذكر صاحب تحفة المحتاج - من الشافعية - أن الاتخاذ هو الاقتناء[١].

وقال صاحب أسنى المطالب المصنف من الشافعية - أيضًا -: إن القنية هى الإمساك للانتفاع دون التجارة[٢] وبمثل ذلك أيضًا فسرها صاحب كشاف القناع[٣] من الحنابلة.

وقد جاء فى حاشية ابن عابدين على الدر المختار، أن شاة القنية هى التى تحبس فى البيوت لأجل النتاج، من اقتنيته اتخذته لنفس قنية أى للنسل لا للتجارة[٤]. وفسر الخرشى - من المالكية - الاقتناء بالادخار فى موضع من كتابه[٥]، وفى موضع آخر قال: إن القنية هى الانتفاع بعين الشىء من سكنى وحمل وخدمة مثلًا[٦]، والظاهر أن التعبير الأخير هو تعبير مجازى.

قوله: «ذِمِّىٌ»[٧]، منسوب إلى الذمة، وهى: إعطاء الأمان.

قوله: «وإن فَصَّلَ صَلِيبًا» هُوَ فَعِيلٌ مِنَ الصَّلْبِ، وهو الذى يتخذه النصارى على مثال الإنسان، ومثال الخشب الذى يزعمون أن عيسى - عليه السلام - صُلِبَ عليه، يتبركون به، وقد كذبهم الله تعالى بقوله: ﴿وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ﴾ [النساء: ١٥٧].

والتفصيل: أخذه من موضع المفصل من غير كسر.

الأحكام: إنْ غصب كلبًا فيه منفعة، لزمه ردُّه على صاحبه؛ لأنه يجوز اقتناؤه

---

(١) ينظر حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٩٩).
(٢) ينظر شرح الخرشى على مختصر خليل (١/ ١١٩).
(٣) ينظر السابق (٢/ ٢٢٧).
(٤) (١/ ٣٢).
(٥) ينظر أسنى المطالب (١/ ٣٨١)، المهذب (١/ ١٥٩).
(٦) (١/ ٤٦٩).
(٧) ينظر النظم (٢/ ٢٤).

للانتفاع به؛ فلزمه ردُّه. وإنْ حبسه مدَّةً لمثلها أجرة، فهل تلزمه الأجرة؟ فيه وجهانِ؛ بناء على الوجهين فى جواز إجارته.

فصل: وإنْ غصب خمرًا - نظرْت -:

فإن غصبها من ذمى، لزمه ردُّها عليه؛ لأنه يُقَرُّ على شربها؛ فلزمه ردُّها عليه.

وإن غصبها من مسلم، ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه ردُّها إليه؛ لأنه يجوز أن يطفئ بها النار، وأن يبلّ بها الطِّين ونحو ذلك لما ذكرناه فى كتاب البيوع؛ فوجب ردُّها عليه لذلك.

والثانى: أنه لا يلزمه ردُّها عليه؛ بل يجبُ إراقتها، وهو الصحيح؛ لما روى أنَّ أبا طلحة - رضى الله عنه - سأَلَ رسولَ اللهِ ﷺ عن أَيْتامٍ وَرِثُوا خَمْرًا؛ فَأَمَرَهُ النَّبى ﷺ بِإِرَاقَتِهَا. والأمر يقتضى الوجوبَ.

فصل: فإنْ أتلفها الغاصبُ، أو تِلفَتْ عنده، لم يلْزمْهُ ضمانها، سواءٌ كانتْ لمسلم أو ذِمى، وسواء كان الغاصبُ مسلمًا أو ذميًّا.

وقال مالك[1] وأبو حنيفة[2] : إذا أراقها على ذمى أو قتَلَ له خنزيرًا؛ لزمه

---

(١) قال فى التاج والإكليل (٧/ ٣١٨): (وعصير تخمر) اللخمى: من غصب خمرا فتخلل فلربه أخذه، وإن غصب عصيرا فتخمر كسرت عليه وغرم مثله . وقال المازرى: إذا غصب مسلم من مسلم خمرا فأراقها فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل الواجب من الإراقة التى كان مخاطبا بها من هى فى يده، ولو أمسكها حتى تخللت لوجب عليه أن يردها لمن غصبها منه . وقد خرج حذاق شيوخى فى هذا خلافا؛ لأنه كمن وضع يده على طائر لا يحوزه أحد .

(٢) قال فى المبسوط (١١/ ٩٦): (مسلم) غصب خمرا من مسلم فاستهلكها، فلا ضمان عليه؛ لأن الخمر ليس بمال متقوم؛ فإن الشرع أفسد تقومه حين حرم تموله، وإن جعلها خلا فلرب الخمر أن يأخذها؛ لأنها بفساد معنى التمول والتقوم لا تخرج من أن تكون مملوكة للمسلم؛ إذ الملك صفة للعين، والعين باقية؛ ولهذا جاز له إمساك الخمر للتخلل، وكان أحق بها من غيرها، فإن خللها الغاصب من غير إلقاء شىء فيها فالعين باقية على حالها؛ لبقاء الهيئة كما كانت، وإن ألقى فيها ملحا فالملح صار مستهلكا أيضا، وإن صب فيها خلا فهذا خلط، إلا أن الخلط إنما يزيد ملك المغصوب منه بشرط الضمان، وإيجاب الضمان هنا متعذر؛ لأن الخمر لا يضمن للمسلم بالاستهلاك؛ فلهذا كان شريكا فى المخلوط بقدر ملكه . . . وإن غصبه عصيرا فصار عنده خمرا فله أن يضمنه قيمة العصير؛ لأن المغصوب كان مالا متقوما، وبالتخمير يصير هذا الوصف منه مستهلكا . ومراده من قوله: يضمنه قيمة العصير، أن الخصومة بعد انقطاع أوان العصير، فأما فى أوانه يضمنه مثله؛ لأن العصير من ذوات الأمثال، وإن لم يحضر حتى صارت خلا: فإن شاء أخذ الخل، وإن شاء ضمنه قيمة العصير؛ لأن العين باق ببقاء الهيئة، ولكنه تغير من صفة الحلاوة إلى صفة الحموضة . فإن =

ضمانه.

قال أبو حنيفة: فإن كان المتلف مسلمًا؛ وجب عليه القيمةُ، وإن كان ذميًّا؛ وجب عليه مثل الخمر، وعنده: أنها مالٌ فى حقّ الذمّى، ويصح بيع الذمّى الخمْرَ من الذمّى.

دليلنا: ما روى ابن عباس - رضى الله عنه - أنَّ النبّى ﷺ قال: «إنَّ الله إذا حرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ»، ولأنَّ ماَ حرمَ الانتفاعُ به على الوجه الذى هو عليه؛ لم يضمنْ ببدلٍ؛ كالميتة، والدم، ولأنه عين نجسَة؛ فأشبه الميتة والدم، ولأن ما لا يضمن فى حقّ المسلم؛ لم يضمنْ فى حقّ الذمى؛ كالميتة والدم.

قالوا: روى أن عمر -رضى الله عنه - كَتَبَ إِلى عُمَّالِهِ: «وَلُّوهُمْ بَيْعَهَا، وَخُذُوا مِنْهُمْ عُشْرَ أَثْمَانِها»[1].

قلنا: أخذ الأثمان غير ثابت عنه؛ وإنما قال: «وَلُّوهَا أَرْبَابَهَا؛ لِيَكُونُوا هُمُ البَالِغُونَ لهَا»[2]، ومعناه: لا تعترضوا عليهم فيه.

قالوا: مال لهم؛ فهو كسائر الأموال.

قلنا: إلا أنه ليس بمالٍ فى الشرعِ، والاعتبارُ بالشرع فى الحكوماتِ؛ ألَا تَرَى أنه لو أتلف الذمى مصحفًا، ضمن ما يضمن به المسلم، لا بما يعتقد أنه ضمان لمثله، ولو أتلف المسلم عبدًا مرتدًّا، لم يضمنْ، وإن اعتقده مالًا.

قالوا: الاعتبار بالذمى؛ بدليل أنه يُقَرُّ على شُرْبه، وإن لم يجز ذلك فى الشرع.

قلنا: ولكن فى التضمين الاعتبار بنا؛ ألا ترى أن المجوسَ يُقَرُّونَ على نكاح الأمهات، ولا يقضى عليهم بالمهر والنفقة والميراث، والمسلم يُقَرُّ عندهم على

= شاء رضى به متغيرا، ولا يضمنه شيئا آخر؛ لأن العصير مال الربا، وقد بينا أنه لا يثبت فيه حق تضمين النقصان مع أخذ العين، ولم يذكر هذا الخيار قبل التخلل، فمن أصحابنا - رحمهم الله - من يقول: لا خيار له؛ لأنه لو ثبت له الخيار هناك لكان أخذ الخمر عوضا عما استوجب من قيمة العصير، وذلك لا يجوز، والأصح: أن هناك يثبت الخيار - أيضا - بطريق أنه يكون مبرئا عن الضمان، ثم يأخذ خمره ليخلله؛ كما لو كان العصير وديعة له فى يده فتخمر.

(١) أخرجه بألفاظ عنه أبو عبيد القاسم بن سلام فى الأموال (ص/ ٥٢) وعبد الرازق فى المصنف (٨/ ١٩٥) (١٤٨٥٣).

(٢) تقدم بمعناه.

إمساك الخمر؛ ليخللها ويملكها، ثم لا يضمن إذا أتلف عليه.

وكذلك يجوزُ اقتناءُ جلود المَيْتة وإمساكه للدباغ، واقتناء الكلب للصيد.

ولا ضمانَ على متلفه.

وكذلك السرجين يجوز إمساكه للتَّنُّور والمزارع، والزيت النجس: للاستصباحِ، ولا ضمانَ على متلفه.

قالوا: بالذمَّة عصمت دماؤهم وأموالهم، ثم دماؤهم مضمونةٌ؛ فكذلك أموالهم.

قلنا: دماؤهم تعصم بالإسلام؛ فعصمَتْ بالذمَّة، والخمر لا تعصمُ بالإسلام؛ فلم تضمن بالذمة.

فصل: فإنْ صار خَلًّا، لزمه رده على صاحبه؛ لأنه صار خلًّا على حكم ملكه؛ فلزمه ردُّه إليه، فإنْ تلف ضمنه؛ لأنه مال للمغصوب منه تلف فى يد الغاصب؛ فضمنه؛ كالعصير.

فصل: وإن وهب خمرًا لإنسان، أو أراقه فى موضعٍ طاهر؛ فجمعه إنسانٌ؛ فانقلبت فى يده خَلًّا - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يعود ملك الأول؛ لأنه عاد مالًا بالمعنى الأول.

والثانى: أنه ملك الثانى؛ لأن الأوَّل أزال يده عنه، وعادت مالًا فى يد الثانى؛ فأشبه إذا وهب له جلد ميتة؛ فدبغه.

والصحيحُ هو الأوَّل؛ لأنه أخذه وأمسكه، وهو محرَّمٌ عليه ذلك؛ فلم يملكه؛ لأن يده ثبتَتْ عليه بغير حقٍّ، فإذا صار خلًّا، عادَتْ إلى ملك الأوَّل؛ كما لو غصب عليه، فانقلبَتْ فى يده خلًّا وفارَقَ جلد الميتة؛ لأنه يجوز إمساكه وإثباتُ اليد عليه.

فصل: وإنْ غصب جِلْدَ مَيْتة، لزمه ردُّه على صاحبه؛ لأن له أن يتوصَّل إلى تطهيره بالدباغ؛ فوجب ردُّه عليه.

فإنْ دبغه الغاصبُ قبل الرد -ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه رده على صاحبه؛ كالخمر إذا صارَتْ فى يده قبل ردّها خلًّا.

والثانى: لا يلزمه ردُّه عليه، بل يمسكه بذلك؛ بفعله صار مالًا؛ فلا يلزمه ردُّه، بخلاف الخمر؛ فإنه صار بانقلابِهِ بنفسه خلًّا من غير فعل منه.

فصل: وإن فصل تأليف صليبٍ، وجعله صفائح، أو فصل تأليفَ مزمار، أو عود، أو طنبور، أو بَرْبَطٍ، أو طبل، أو غير ذلك مِنَ الملاهى - لم يلزمه بنقض

ذلك التأليف شيء؛ لأنه تأليف محرَّم؛ فلم يكنْ على مَنْ نقضه شيء، والدليلُ عليه: ما روى جابرٌ -رضى الله عنه - قال: قَالَ رَسول الله ﷺ يَوْمَ مَكَّةَ: «إنَّ اللهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى حَرَّمَ بَيْعَ الخَمْرِ، وَبَيْعَ الخِنْزِيرِ، وَبَيْعَ الأَصْنَامِ، وَبَيْعَ المَيْتَةِ» ؛ فدلَّ على أنه لا قيمة له، وما لا قيمة له لا يضمن.

وإن كسره: فإنْ كان ذهبًا أو فضة، فلا شيء عليه.

وإن كان خشبًا -نظرْت -:

فإن كان إذا فصل بعضه عن بعض يصلح لمنفعةٍ مباحةٍ، وإذا كسر، لم يصلُحْ - لزمه ما بين قيمته مفصلًا وبين قيمته مكسرًا؛ إلا أنه أتلف بالكسر ماله قيمةٌ؛ فلزمه ضمانه.

وإن كان إذا فصل لا يَصْلُحُ لمنفعة مباحةٍ - لم يلزمه شيء؛ لأنه لم يتلفْ منه ماله قيمة.

وقيل: يجوز كسرها بكل حال.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل): وإن فتح قفصًا عن طائرٍ؛ نظرت: فإن [كان قد] نفره حتى طار؛ ضمنه؛ لأن تنفير الطائر بسببٍ ملجئٍ إلى ذهابه، فصار كما لو باشر إتلافه.

وإن لم ينفره، نظرت: فإن وقف ثم طار، لم يضمنه؛ لأنه وجد منه سبب غير ملجيءٍ، ووجد من الطائر مباشرة، والسبب إذا لم يكن ملجئًا، واجتمع مع المباشرة، سقط حكمه، كما لو حفر بئرًا فوقع فيها إنسان باختياره.

فإن طار عقب الفتح؛ ففيه قولان:

أحدهما: لا يضمن؛ لأنه طار باختياره، فأشبه إذا وقف بعد الفتح، ثم طار.

والثانى: يضمن؛ لأن من طبع الطائر النفور ممن قرب منه فإذا طار عقيب الفتح؛ كان طيرانه بنفوره منه، فصار كما لو نفره.

(فصل): وإن وقع طائر لغيره على جدارٍ فرماه بحجرٍ، فطار؛ لم يضمنه؛ لأن رميه لم يكن سببًا لفواته؛ لأنه قد كان ممتنعًا وفائتًا من قبل أن يرميه، فإن طار فى هواء داره، فرماه فأتلفه؛ ضمنه؛ لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره، فصار كما لو رماه فى غير داره.

(فصل): وإن فتح زقًّا فيه مائع، فخرج ما فيه؛ نظرت: فإن خرج فى الحال؛

ضمنه؛ لأنه كان محفوظًا بالوكاء، فتلف بحله، فضمنه.

وإن خرج منه شيء، فابتل أسفله، أو ثقل به أحد جانبيه، فسقط وذهب ما فيه؛ ضمنه؛ لأنه ذهب بعضه بفعله، وبعضه بسبب فعله، فضمنه، كما لو قطع يد رجلٍ فمات منه.

وإن فتحه، ولم يخرج منه شيء، ثم هبت ريح فسقط وذهب ما فيه؛ لم يضمن؛ لأن ذهابه لم يكن بفعله، فلم يضمنه، كما لو فتح قفصًا عن طائرٍ فوقف ثم طار، أو نقب حرزًا، فسرق منه غيره.

وإن فتح زقًّا فيه جامد، فذاب وخرج؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمنه؛ لأنه لم يخرج عقيب الحل، فصار كما لو كان مائعًا، فهبت عليه ريح، فسقط.

والثاني: أنه يضمن - وهو الصحيح - لأن الشمس لا توجب الخروج، وإنما تذيبه والخروج بسبب فعله، فضمنه؛ كالمائع إذا خرج عقيب الفتح.

وإن حل زقًّا فيه جامد، وقرب إليه آخر نارًا فذاب وخرج، فقد قال بعض أصحابنا: لا ضمان على واحدٍ منهما؛ لأن الذى حل الوكاء، لم توجد منه عند فعله جناية يضمن بها، وصاحب النار لم يباشر ما يضمن، فصارا كسارقين: نَقَّبِ أحدهما الحرز، وأخرج الآخر المال، فإنه لا قطع على واحدٍ منهما، وعندى: أنه يجب الضمان على صاحب النار؛ لأنه باشر الإتلاف بإدناء النار، فصار كما لو حفر رجل بئرًا، ودفع فيها آخر إنسانًا، وأما السارق فهو حجة عليه؛ لأنا أوجبنا الضمان على من أخرج المال، فيجب أن يجب الضمان هاهنا على صاحب النار، وأما القطع فلا يجب عليهما؛ لأنه لا يجب القطع إلا بهتك الحرز، والذى أخذ المال لم يهتك الحرز، والضمان يجب بمجرد الإتلاف، وصاحب النار قد أتلف، فلزمه الضمان.

(فصل): وإن فتح زقًّا مستعلى الرأس، فاندفع ما فيه فخرج، فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يشتركان فى ضمان ما خرج بعد التنكيس كالجارحين.

والثانى: أن ما خرج بعد التنكيس يجب على الثانى؛ كالجارح والذابح.

(فصل): وإن حل رباط سفينةٍ، فغرقت؛ نظرت: فإن غرقت فى الحال؛ ضمن؛ لأنها تلفت بفعله.

متمكن، قال: وذهبت المعتزلة إلى أنه يمنع التكليف فى عين المكره عليه دون نقيضه فإنهم يشترطون فى المأمور به أن يكون بحال يثاب على فعله، وإذا أكره على عين المأمور به فالإتيان به لداعى الإكراه لا لداعى الشرع؛ فلا يثاب عليه فلا يصح التكليف به بخلاف ما إذا أتى بنقيض المكره عليه فإنه أبلغ فى إجابة داعى الشرع.

وقال الغزالى: الآتى بالفعل مع الإكراه كمن أكره على أداء الزكاة مثلًا إن أتى به لداعى الشرع فهو صحيح أو لداعى الإكراه فلا. ورد القاضى على المعتزلة بالإجماع على تحريم القتل عند الإكراه عليه. قال إمام الحرمين: وهذه هفوة من القاضى لما تقدم. وفيما قاله نظر؛ لأن القاضى إنما أورده عليهم من جهة أخرى؛ وذلك أنهم منعوا أن المكره قادر على عين الفعل المكره عليه، فبين القاضى أنه قادر؛ وذلك لأنهم كلفوه بالضد، فإذا كان قادرًا على ترك القتل كان قادرًا على القتل.

هذا كله كلام ابن التلمسانى، وقد اختار الإمام والآمدى وأتباعهما التفصيل بين الملجئ وغيره، والفقهاء من الحنفية يعتبرون الإلجاء ضربًا من ضروب الإكراه. فقد جاء فى الفتاوى الهندية[(١)] الإكراه؛ فى أصله على نوعين: إما أن يكون ملجئًا أو غير ملجئ، فالإكراه الملجئ هو الإكراه بوعيد. بتلف النفس أو بوعيد تلف عضو من الأعضاء والإكراه الذى هو غير ملجئ هو الإكراه بالحبس والتقييد. ومثل ذلك فى الدر المختار وحاشيته[(٢)]، فقد قسم الإكراه إلى نوعين ملجئ وغير ملجئ، واعتبر أن كلًا منهما معدم للرضا، ثم ذكر بعد ذلك الشروط.

قوله: «مِن طَبْعِ الطائر النُّفورُ»[(٣)]، الطَبْعُ: السَّجِيَّةُ التى خُلِقَ عليها الإنسان من أصله. والنفور: الذهاب بسرعة من الفزع والخوف.

قوله: «عقيب»: كل شىء خلف شيئًا فهو عقبه، وفى مختار الصحاح للرازى: قلت: قال الأزهرى: قال ابن السكيت: فلان يسقى عقب آل فلان، أى بعدهم، ولم أجد فى الصحاح ولا فى التهذيب حجة على صحة قول الناس: جاء فلان عقيب فلان - أى بعده - إلا هذا[(٤)].

---

(١) (٥/ ٣٢).
(٢) ينظر الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المحتار (٥/ ٨٣).
(٣) ينظر النظم (٢/ ٢٥).
(٤) ينظر تاج العروس (٣/ ٤٢٢).

وإن وقفت، ثم غرقت، فإن كان بسببٍ حادثٍ كريحٍ هبتٍ، لم يضمن؛ لأنها غرقت بغير فعله.

وإن غرقت من غير سببٍ حادثٍ؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن؛ كالزق إذا ثبت بعد فتحه، ثم سقط.

والثاني: أنه يضمن؛ لأن الماء أحد المتلفات.

(الشرح) قوله: «بسبب ملجئ»: جاء فى لسان العرب[1] : لجأ إلى الشىء والمكان، يلجأ لجئًا ولجوءًا وملجأ، ولجئ لجأ، والتجأ، وألجأت أمرى إلى اللهُ: أسندت، وفى حديث كعب - رضى الله عنه -: «مَنْ دَخَلَ فِى دِيوَانِ الْمُسْلِمِينَ ثُمَّ تَلَجَّأَ مِنهُمْ فَقَدْ خَرَجَ مِنْ قُبَّةِ الإِسْلاَمِ»، يقال لجأت إلى فلان وعنه، والتجأت وتلجأت: إذا استندت إليه واعتضدت به أو عدلت عنه إلى غيره، كأنه إشارة إلى الخروج والانفراد عن المسلمين، وألجأه إلى الشىء: اضطره إليه، وألجأه: عصمه، والتلجئة: الإكراه.

قال أبو الهيثم: التلجئة أن يلجئك أن تأتى أمرًا باطنه خلاف ظاهره، ويعتبر الأصوليون من غير الحنفية أن الإلجاء قسم من أقسام الإكراه، وذلك أن الإكراه قد يكون ملجئًا وقد لا يكون، ويرتبون على كل منهما أحكامًا، فقد جاء فى «منهاج الوصول»[2] : الإكراه الملجئ يمنع التكليف لزوال القدرة، قال الإسنوى: الإكراه قد ينتهى إلى حد الإلجاء وهو الذى لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار كالإلقاء من شاهق، وقد لا ينتهى إليه كما لو قيل له إن لم تقتل هذا وإلا قتلتك، وعلم أنه إن لم يفعل قتله فالأول يمنع التكليف أن بفعل المكره عليه وبنقيضه قال فى «المحصول»: لأن المكره عليه واجب الوقوع عقلًا وضده ممتنع، والتكليف بالواجب والممتنع محال، وهذا هو معنى قول البيضاوى «لزوال القدرة» ؛ لأن القادر على الشىء هو الذى إن شاء فعل وإن شاء ترك، وهذا القسم لا خلاف فيه كما قال ابن التلمسانى، وأما الثانى وهو غير الملجئ فمفهوم كلام المصنف أنه لا يمنع التكليف.

قال ابن التلمسانى: وهو مذهب أصحابنا الأشاعرة؛ لأن الفعل ممكن والفاعل

---

(١) ينظر اللسان (لجأ) .

(٢) (١/١٣٨) .

قوله: «فى هواء داره» الهواء - بالمد -: ما بين السماء والأرض، والهوى - بالقصر -: شهوة النفس.

قوله: «الزِّقُّ»[١] وعاء من أَدَمٍ، وَ «المائِعُ» الذائب، وَ «الوِكاءُ» الخيط أو السَّيْرُ الذى يُشَدُّ به، وقد أوكيته وأوكيْتُ عليه، أى: شددته.

قوله: «باشَرَ الإتلاف» المباشرة: أن تلى الأمر بنفسك، لا بسببٍ، ولا بوكيلٍ، ولا خادمٍ، وأصله: جلد الإنسان.

قوله: «بِهَتْكِ الْحِرْزِ» الهتك: أصله الخرق، يقال: هتك السِّتْرَ عمّا وراءه، والاسم: الهُتْكَةُ[٢].

قوله: «فَنَكَّسَهُ»، يقال: نَكَسْتُ الشىء أَنْكُسُهُ[٣] نَكْسًا: إذا قلبته على رأسه فانتكس، ونَكَّسَهُ بالتشديد تَنْكيسًا، والنَّاكِسُ: المُطَأْطِئ رأسه.

قوله: «أَجَّجَ على سَطْحِهِ نارًا» أى: أوقدها حتى طلع لهبها، والأجيجُ: تَلَهُّبُ النّارِ، وقد أَجَّتْ تَؤُجُّ أجيجًا.

والسَّطحُ: معروف، وهو: ظاهر السقف، وسطح كل شىء: أعلاه.

الأحكام: إن حل دابة، أو فتح قفصا عن طائر، نظرت -:

فإن نفرهما حتى ذهبا، أو نفرا من قربه منهما - ضمنهما؛ لأن تنفير الدابة والطائر سبب ملجئ إلى ذهابهما؛ لأن الدابة والطائر إذا نفرا لا يقفان فى مكانهما؛ فصار كما لو باشر إتلافهما.

وإن لم ينفرهما، ولا نفرا من قربه منهما: فإنْ وقفا ساعةً، ثم ذهبا، لم يضمن، وبه قال أبو حنيفة[٤].

---

(١) ينظر النظم (٢/ ٢٥، ٢٦).
(٢) ينظر الصحاح (هتك).
(٣) ينظر الصحاح (نكس).
(٤) قال فى مجمع الأنهر (٢/ ٤٧٠): (ولا ضمان على من حل قيد عبد غيره أو) حل (رباط دابته) أى دابة غيره (أو فتح إصطبلها) أى إصطبل دابة الغير (أو) فتح (قفص طير) غيره (فذهب) العبد أو الدابة أو الطير عقيب ذلك الفعل، هذا عند الشيخين؛ لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو ذهاب العبد والدابة وطيران الطيور، واختيارهم صحيح، وتركهم منهم متصور، والاختيار لا ينعدم بانعدام العقل فيضاف التلف إلى المباشر دون التسبيب كما فى الاختيار (خلافا لمحمد فى الدابة والطير)؛ لأنه فرق بين ذى العقل وغيره، =

وقال مالك: يضمن[١].

دليلنا: هو أنه وجد مِنْهُ سبب غير ملجئ، ووجد من الطائر مباشرةٌ للخروج باختيارِهِ؛ لأنَّ له اختيارً؛ أَلَا ترىَ أنه يتوقى المضارَّ، ويتبع المنافع؛ فيتباعد عن البئر، ويهرب من الجوارح، ويقصد تناول ما ينفعه من الحب والماء، والسبب إذا لم يكنْ ملجئًا، واجتمع مع المباشرة - سقَطَ حكمه؛ كما لو حفر بئرًا فى غير ملكه؛ فوقع فيها إنسان؛ فمات.

قلنا: إن وقع فيها باختياره؛ فلا ضمان عليه؛ لما مضَى. وإنْ وقع فيها بغير اختياره؛ فهو ملجئ إلى ذلك؛ فلزمه ضمانه؛ كما لو خرج الطائر بتنفيره.

قالوا: لو فتح مُراح ماشيةٍ ليلا؛ فخرجت، وأتلفت زرعًا لغيره؛ لزمه ضمانه.

قلنا: ننظر فيه:

فإنْ كان الذى فتحه أجنبيًّا؛ فلا ضمان عليه، ولا على أحد؛ لأنَّ صاحب الماشية لم يفرطْ فى حفظه، والفاتح لم يكنْ منه سبب ملجئ.

وإن كان الفاتحُ هو المالك للماشية؛ لزمه الضمان، لا لأنه فتح الباب عنها؛ وإنما وجب؛ لأنه فرط فى حفظها.

فصل: وإن ذهبا عقيب الحل والفتح؛ ففيه قولان:

أحدهما: لا يضمن، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنهما ذهبا باختيارهما، ولأن ذلك سبب غير ملجئ؛ فأشبه إذا وقفا بعد الحل والفتح ساعةً، ثم ذهبا.

والثانى: يضمن؛ لأنَّ من طبع الطائر والدابة النفور والذهاب مِمَّنْ قرب منه؛ فإذا ذهبا عقيبَ الحل والفتح؛ كان ذهابهما بنفورهما منه؛ لأن ذهابهما عقيبَ ذلك يَدُلُّ

= ذكر هذا الخلاف صدر الشريعة، والمفهوم من الشمنى وغيره أن الخلاف فى الطير؛ لأنه قال: وعن محمد يضمن فى الطائر سواء طار من فوره أو مكث ساعة ثم طار؛ لأن الطائر مجبول على النفار. قيدنا بالذهاب عقيب الفتح؛ لأنه لو مكث ساعة ثم ذهب لا يضمن عندنا وعند الشافعى، خلافا لمحمد فى رواية، وفى الاختيار: ذهبت دابة رجل ليلا أو نهارا بغير إرسال صاحبها فأفسدت زرع رجل لا ضمان عليها؛ لأنها ذهبت باختيارها، وفعلها هدر، وإن أرسلها ضمن. رجل وجد فى زرعه أو داره دابة فأخرجها فهلكت أو أكلها الذئب لم يضمن؛ لأن له ولاية الإخراج، وإن ساقها بعد الإخراج ضمن.

(١) قال فى المدونة (٤/ ٤٦٠): فتح قفصا فيه طير أو قيدا فيه عبد، فذهب الطير وهرب العبد، قلت: أرأيت لو أنى أتيت إلى قفص فيه طير، ففتحت باب القفص، فذهب الطير، أأضمن أم لا؟ قال: نعم، أنت ضامن فى رأيى.

على أنه ألجأهما إلى الذهاب؛ فصار كما لو نفرهما.

فصل: وإن فتح الباب على الدابة، أو فتح القفص على الطائر؛ فدخل غيره، وأخذ الدابّة من المكان، والطائر من القفص - لم يضمنِ الذى فتح الباب والقفص، الدابّة ولا الطائر؛ لأنه وجد منه سبب؛ ووجد من الآخذ مباشرة؛ فكان الضمان على المباشر دون صاحب السبب.

فصل: وإن وقع طائر لغيره على جدارٍ؛ فرماه بحجر؛ فطار - لم يضمنه؛ لأن رميه لم يكن سببًا لفواته؛ لأنه قد كان ممتنعًا وفائتًا من قبل أن يرميه.

وإن طار فى هواء داره؛ فرماه، فأتلفه - ضمنه؛ لأنه لا يملك منع الطائر من الطيران فى هواء داره؛ فصار كما لو رماه فى غير هواء داره.

فصل: وإنْ فتح زقًّا فيه مائع: كاللبن والزيت والشيرج، أو فتح راوية فيها ماء؛ فخرج ما فيه - نظرْت -:

فإن خرج فى الحال بأنْ كان مطروحًا على الأرض لا يمسكُ ما فيه إلا السداد - لزمه ضمانه؛ لأنه كان محفوظًا بالوكاء الذى شطبه؛ فتلف بحله؛ فضمنه؛ كما لو أتلفه.

وإن كان مسندًا إلى شيء؛ فخرج منه شيء بالحل؛ فابْتَلّ أسفله، أو ثقل به أحد جانبيه؛ فسقط، وذهب ما فيه - ضمنه؛ لأنه ذهب بعضه بفعله، وبعضه بسبب فعله؛ فضمنه كما لو قطع يدَ رجُلٍ، فمات منه.

وإن فتحه، ولم يخرج منه شيء بالحل، ثم هبت ريح أو تزلزلَتِ الأرض، أو دفعه سِنَّوْر؛ أو نحو ذلك؛ فسقط وذهب ما فيه - لم يضمنه؛ لأن ذهابه لم يكنْ بفعله؛ لأن الذى وجد منه سبب غير ملجئ، وهبوب الريح، والزلزلة، ودفع السنور: مباشرةٌ؛ فلم يضمنه، ولأن ذهابه لم يكن بفعله، فلم يضمنه؛ فهو كما لو فتح قفصًا عن طائرٍ فوقف ساعة، ثم طار، أو نقب حرزا؛ فسرق منه غيره، وهكذا الحكم فيه إذا لم يعلم كيف سقَطَ.

فصل: وإنِ حل زقًّا مطروحًا على الأرض، وفيه جامد كالسمن ونحوه؛ فذاب بالشمس، وخرج -ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمنه؛ لأنه لم يخرجْ عقيب الحل؛ فصار كما لو كان مائعًا وهو مستندٌ، فهبّتْ عليه ريح؛ فسقط.

والثانى: أنه يضمن؛ وهو الصحيحُ؛ لأن الشمس لا توجبُ الخروج؛ وإنما تذيبه، والخروج حصل بسبب فعله؛ فضمنه؛ كالمائع إذا خرج عقيبَ الفتحِ، أو كما لو جرح رجلًا؛ فأصابه الحر أو البرد، وسرت الجناية بذلك إلى النفس؛ فإنه يضمن.

وإن كان مستندًا إلى حائط ونحوه، ثم هبَّتْ ريح أو حدثت زلزلة أو دفعه سِنَّوْر؛ فسقط، ثم ذاب ما فيه بالشمس، وخرج - لم يلزمه ضمانه، وإن ذاب وهو مستندٌ، ثم خرج منه شىء؛ فابتل أسفله، أو ثقل به أحد جانبيه؛ فسقَطَ، وذهب ما فيه -ففيه وجهان، وتوجيههما: ما ذكرناه فى المسألة قبلها.

فصل: وإن حلّ زقًّا فيه جامد، وقرب إليه آخر نارًا؛ فذاب وخرج؛ فقد قال بعض أصحابنا: لا ضمانَ على واحدٍ منهما؛ لأن الذى حل الوكاء لم يوجدْ منه عند فعله جناية يضمن بها ما فيه، وصاحب النار لم يباشرْ ما يضمن؛ فصار كسارقين نقب أحدهما الحرز، ودخل الآخر، وأخرج المال؛ فإنه لا قطع على واحد منهما.

قال صاحب الكتاب: وعندى أنه يجبُ الضمانُ على صاحب النار؛ لأنه باشر الإتلاف بإدناء النار؛ فصار كما لو حفر رجل بئرًا، ودفع فيها آخر إنسانًا، وأمّا السارق: فهو حجة عليه؛ لأنا أوجبنا الضمانَ على مَنْ أخرج المال؛ فيجبُ أن يجب الضمان هاهنا على صاحب النارِ، وأمّا القطع: فلا يجبُ عليهما؛ لأنه لا يجبُ القطع إلا بَهتْك الحرز، والذى أخذ المال لم يهتكِ الحرز، والضمان يجبُ لمجرَّد الإتلافِ، وصاحبُ النار قد أتلف؛ فلزمه الضمان.

فصل: وإن حلّ زِقًّا مستعلى الرأس: بأنْ كان مسندًا؛ فاندفع ما فيه، وخرج بعضه؛ فجاء آخر ونكَّسه حتى تعجل خروج ما بقى فيه - كان ضمان ما خرج منه أولًا على الأوَّل، وفيما خرج بعد التنكيس وجهان:

أحدهما: أنهما يشتركان فى ضمان ما خرج بعد التنكيس؛ كالجارحين.

والثانى: أن ما خرج بعد التنكيس يجبُ ضمانه على الثانى؛ كالجارح والذابح.

فصل: وإنْ حلّ رجلٌ رباطَ سفينة؛ فغرقت - نظَرْت -:

فإن غَرِقَتْ فى الحال، ضمنها؛ لأنها تلفَتْ بفعله.

وإن وقفَتْ، ثم غرقت:

فإن كان بسبب حادثٍ: كريح هبت، لم يضمن؛ لأنها غرقَتْ بغير فعله.

وإن غرقَتْ من غير سبب حادث - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يضمنُ؛ كالزق إذا ثبت بعد حلّه، ثم سقط.

والثانى: أنه يضمن؛ لأن التلف وجد بسبب مِنْ جهته.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): إذا أجج على سطحه نارًا، فطارت شرارة إلى دار الجار، فأحرقتها، أو سقى أرضه، فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها؛ فإن كان الذى فعله ما جرت به العادة؛ لم يضمن؛ لأنه غير متعد، وإن فعل ما لم تجر به العادة، بأن أجج من النار ما لا يقف على حد داره، أو سقى أرضه من الماء، ما لا تحتمله؛ ضمن؛ لأنه متعد.

(فصل): إذا ألقت الريح ثوبًا لإنسان فى داره؛ لزمه حفظه؛ لأنه أمانة حصلت تحت يده، فلزمه حفظها؛ كاللقطة، فإن عرف صاحبه، لزمه إعلامه، فإن لم يفعل؛ ضمنه؛ لأنه أمسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريفٍ، فصار كالغاصب، وإن وقع فى داره طائر؛ لم يلزمه حفظه، ولا إعلام صاحبه؛ لأنه محفوظ بنفسه، فإن دخل إلى برجٍ فى داره (طائر) فأغلق عليه الباب؛ نظرت: فإن نوى إمساكه على نفسه؛ ضمنه؛ لأنه أمسك مال غيره (لنفسه)؛ فضمنه كالغاصب.

وإن لم ينو إمساكه على نفسه، لم يضمنه؛ لأنه يملك التصرف فى برجه؛ فلا يضمن (به) ما فيه.

(الشرح) قوله: «بُرْجِهِ»، البُرْجُ: هو مسكن الْحَمَامِ الذى يُفَرِّخُ فيه.

الأحكام: إنْ أجَّج على سطحه نارًا، فطارَتْ شرارة منه إلى دار غيره؛ فأحرقتها، أو طرح النار فى أرضه؛ ليحرق الأصول التى بقيت فيها؛ فتعدت إلى أرض غيره؛ فأحرقتها - نظرت -:

فإن كان الذى فعله ما جرت العادة به: بأنْ كان قدرًا يحمله مثل ذلك السطح، أو مثل تلك الأصول مع سكون الريح، وبين الأرضين فرجة لا تتعدَّى مثل تلك النارِ منْ إحداها إلى الأخرى، لكنْ هبت ريح؛ فأطارَتِ النار إليها - لم يضمنْ؛ لأنه غير متعدٍّ؛ لأن ذلك تولَّد من فعل هو غير مفرط فيه؛ فلم يضمن؛ كما لو حفر فى ملكه بئرًا، فوقعَتْ فيها بهيمة.

وإن فعل ما لم تجر العادةُ به بأنْ أجَّج من النار ما لم يقفْ على حد داره، أو أرضه، أو كانت قدرًا يحتمله أرضه، إلا أن أرض جاره متصلةٌ بأرضه، وتتعدَّى النار

إليها مِنْ أرضه لا محالة، أو بأنْ أوقدها فى ريح شديدة يعلم مِنْ جهة الظاهرِ أنها تطير إلى ملك غيره - ضمن؛ لأنه متعدٍّ.

فصل: وإن سقى أرضه، فنزل الماء إلى أرضِ جاره؛ فغرقها، أو أفسد عليه شيئًا:

فإن كان الذى ساقَهُ مِنَ الماء إليها قدرًا تحتمله مثل تلك الأرض، لكنْ كان هناك جحر فأر أو ثقب غيره، ولم يعلم بذلك؛ فخرج الماء فيه إلى أرض الجار، وأفسد - لم يضمنْ؛ لأن الذى فعله كان مباحًا له، وما سرى عن مباحٍ يكونُ غيرَ مضمونٍ؛ كما لو قطع الإمامُ يد السارق؛ فسرَى إلى نفسه.

وإن كان الماء قدرًا لا تحتمله مثل تلك الأرض؛ ضمن ذلك؛ لأن الذى فعله كان محرَّمًا عليه فعله، وما سرى عن محرَّمٍ يكونُ مضمونًا؛ كما لو جرح رجلًا؛ فسرى إلى نفسه.

وهكذا إن كان قدرًا تحتمله مثل تلك الأرض؛ إلا أنَّ أرضه على علو إذا سقيتْ بذلك القَدْر من الماء؛ خرج إلى ملك جاره لا محالة - وجَبَ عليه الضمانُ؛ لأنه ليس له أن يفعل فى أرضه ما يعلم أنه يُدْخِلُ به الضرر على جاره، وكان عليه نقل التراب الذى حَمَلَهُ الماء إلى أرضِ غيرِهِ؛ لأنّه وجد بسبب فعله؛ فكان كما لو نقله إليها بنفسه.

فصل: وإن أوقد فى ملكه نارًا ولجاره فيما يلى ملكه شجرة؛ فجفّف تلك الشجرة - ضمنها؛ لأنّه فرّط فى ذلك؛ لأنَّ ذلك لا يحصلُ بما جرَتِ العادة به مِنَ النار المستعملة.

فصل: إذا حمل خشبًا؛ فاستراح إلى جدار؛ فأسندَ الخشب إليه؛ فسقط الجدار على شىء؛ فأتلفه - نظرْت -:

فإن كان الجدار لغيره، وأسنده إليه بغير إذن مالك الجدار - ضمن الجدار، وضمن ما سقط عليه الجدار؛ لأنه متعدٍّ بفعله؛ فضمن ما حدث بسببه.

وإن كان الجدار له:

فإنْ سقط فى حال وضعه؛ ضمن ما سقط عليه.

وإن ثبت الجدار ساعةً، ثم سقط؛ لم يضمنْ؛ لأن سقوطه لم يكنْ بفعله، وإنما حدَثَ بعد انقضائه بغير صنع منه؛ فلم يضمنْهُ؛ كما لو سقط بناؤه، أو خشبه بغير ذلكَ مِنْ غير صنعه؛ ألَا ترَى أنَّ كلَّ جدار مبنىّ فى ملكه، وكلَّ خشب موضوع فيه:

لو سقط، لم يضمنْ ما حدث من سقوطه؟!

قلت: وإنْ وجد منه ذلك فى جدار لغيره بإذْنِ صاحبِ الجدار، وسقط الجدار على شىء لغيره، وأتلفه -ضمن الجدار، وما سقط عليه؛ لأنه بمنزلة العارية، والعاريَّةُ مضمونةٌ؛ إلا أنْ يجعل ذلك بمنزلة الإباحةِ فى الأكْلِ؛ فلا يضمنه.

وقيل: لا فرق فى سقوط الحائطِ حال الوَضْعِ، وبعده فى ملكه، وملك غيره: فإن سقط فى الحال فعليه الضمان، وإن سقط بعده؛ فلا ضمان عليه؛ كما لو فتح قفصًا عن طائر؛ فإنه لا فرْقَ بين أن يكون القفص فى ملكه، أو فى ملك غيره. وليس بشىء.

فصل: إذا ألقَتِ الريحُ ثوبًا لإنسانٍ فى دارِ رجلٍ؛ لزمه حفظُهُ؛ لأنه أمانةٌ حصَلَتْ تحت يده؛ فلزمه حفظها؛ كاللُّقطة: فإن عرف صاحبه؛ لزمه إعلامه به؛ فإن لم يفعلْ ضمنه؛ لأنه أمسك مال غيره مع العِلْم بمالكه من غير رضاه من غير تعريفٍ؛ فصار كالغاصب.

فإن أطارته الريحُ إلى داره، ثم أطارته قبل أن يعلم به إلىٰ موضع آخرَ، أو بعد العِلْم به، وقبلَ أن يمكنه أخذه، قال فى الإيضاح: فلا ضمان عليه.

وإن قدر على أخذه، فلم يفعلْ حتى أطارتهُ الريح، قال فى الإيضاح: فالصحيحُ أن لا ضمانَ عليه، ولكنْ لو أخذه بيده ناويًا أن يتملَّكه؛ فهو غاصبٌ. فإن أطارته الريحُ، قال فى الإيضاح: فالصحيحُ أنْ لا ضمانَ عليه، ولكنْ لو أخذه بيده ناويًا أن يتملَّكه؛ فهو غاصبٌ.

فإن أطارته، فحصَلَ فى صبغ فى داره؛ فشربه - صارا شريكَيْن؛ لأنه حصل ذلك بغير تفريطٍ منهما؛ فإن استهلك الصبغ؛ فلم يبقَ له قيمة؛ فلا شىء لصاحب الصبغ على صاحب الثوبِ، ولا شىء عليه، ولو نقص به قيمة الثوب؛ لأنه حصل بغير تفريط منه.

فصل: وإن وقع فى داره طائرٌ، لم يلزمْهُ حفظه، ولا إعلامُ صاحبه به؛ لأنه محفوظٌ بنفسه.

فإن دخل إلى برْجٍ فى داره، وأغلق عليه البابَ -نظرْت -:

فإن نوى إمساكَهُ على نفسه؛ لزمه ضمانه؛ لأنه أمسَكَ مال غيره لنفسه؛ فضمنه؛ كالغاصب، وإن لم ينو إمساكه على نفسه، لم يضمَنْهُ؛ لأنه يملك التصرُّف فى

برجه؛ فلا يضمنُ ما فيه.

فصل: وإن غصب مِنْ رجل مالًا بمصر؛ فصادفه بمكة - نظَرْت -:

فإن لم يكنْ لنقله من بلد إلى بلدٍ مئونة: كالأثمان، ونحوها - كان له أن يطالبَهُ به.

وإن كان ممّا لنقله مئونة - نظرْت -:

فإن كان لهِ مثْل: كالحبوب والأدهان، وقيمتُهُ بمكةَ كقيمته بمصر؛ كان له مطالبته بمثله؛ لأنه لا ضرر عليه فى ذلك.

وإن لم يكنْ له مثل، أو كان له مِثْل وقيمته بمكة أكثر من قيمته بمصر - فالحكم فيهما سواء، وإن لم يكن له أن يطالبه به، وإنما هو بالخيار بين أنْ يطالبه بمكّة بقيمته بمصر البلد الذى غصبه فيه، وبين أن يصير حتّى يرجع إلى مصر ويطالبه به؛ لأن فى إلزامه إياه فى مكة إضرارًا به؛ فإن أخذ القيمة عنه بمكّة، ملكها، ولم يملك الغاصب الشىء المغصوب؛ بل يلزمه إذا رجع إلى مصر أن يردّه، ويسترد القيمة؛ لأنه لم يأخذها ثمنًا عن المغصوب، وإنما أخذها للحيلولة.

فإن كان المغصوبُ قد تلف؛ وجَبَ له مثله إن كان له مِثْلٌ، ويَرُدُّ عليه ما أخذه، أو قيمته أكثَرَ ما كانت مِنْ حين الغَصْبِ إلى حين التلفِ إن لم يكنْ له مِثْلٌ، ويتقاصّان فى قدر ذلك.

فصل: وإن غصَبَ منه طعامًا بمصر، وحمله إلى مَكّةَ؛ فصادفه صاحبه بمكّة - كان له أن يطالبه بردِّ الطعام إلى مصر، وهذا هو على وجه المماثلة وإلزامه بمثل ما اعتدى، وله أن يأخذه منه فى موضعِهِ؛ لأنه عين ماله لا حقّ للغاصب فيه.

فإن قال الغاصب: أنا أرده إلى مصر؛ لم يكنْ له ذلك؛ لأنه لا منفعة له فى ردّه؛ فيكون متعيّنًا بذلك.

وإن قال صاحبُ الطعام: أنا آخذه منك، وآخذ أجرة نقله إلى مصر - لم يكنْ له ذلك؛ لأن الأجرةَ زيادةٌ على حقّه؛ فأشبه لو طلب منه شيئًا آخر غير الأجرة.

وإن طالب الغاصبُ المالكَ بأخذه بمكّة؛ لم يلزمْهُ أخذه لما يلزمه مِنْ مئونة الطريق، قال فى الإيضاح: وكذلك لو غصب منه عبدًا، أو دابّة فى بلد، لم يلزمه أخذ ذلك إلا فى البلد الذى غصبه فيه؛ كالطعام؛ فإنْ تلف منه الطعامُ بمكّة؛ فله أنْ يطالبه بمثله بمصر، وله أن يطالبه بمثله بمكة.

فصل: وإذا ادعَى على رجل أنه غصبه دارًا بمصر بمحلّة كذا وكذا، وحدودها كيت وكيت - نظرْت -:

فإنْ أقرَّ بها سلّمها إليه، وإن أنكره ولا بيِّنة للمدعى؛ فالقولُ قولُهُ مع يمينه؛ لأن الأصل عدمُ الغصبِ. وإنْ أقرَّ له بدار مبهمة قبل إقراره، ورجع فى تعيينها إليه؛ فإنْ قال: هى التى ذكرها، سلّمها إليه، وإن قال: هى بدمشق - نظرْت -:

فإنْ صدَّقه المقر له فى أنه أراد بإقراره ما ذكره، وادعى ملكها مع التى ادعاها - سلّمت إليه، والقولُ قولُ المدَعى عليه فى الأخرى.

وإن صدَّقه أنه أراد ما ذكره، وقال: لا أدَّعيها؛ وإنما أدعى التى ادعيتها ابتدًاء - كان ذلك ردًّا لإقراره؛ فلا يلزمُ المقر تسليم الدار التى أقرَّ بها إليه، والقولُ قولُهُ مع يمينه فى الأخرى.

وإن لم يصدِّقه، ولكن قال: الدار التى بدمشقَ هى لى، والتى أرادها بإقراره هى التى ادَّعَيْتها - أخذ الدار التى بدمِشقَ، وهو مدَّعٍ عليه الدار التى بمصر، ومُدَّع عليه الإقرار له بها، فالقولُ قولُ المدعَى عليه مع يمينه فيها جميعًا، ويجزئه عنهما يمين واحدة، فيحلف: إنه لا يستحقُّ عليه الدار التى ادعاها، وإنه أراد بإقراره الدار التى أقر بها.

وإنْ لم يصدِّقه فيه، لكنْ قال: الدارُ التى بدمشقَ ليسَتْ لى، وما أرادها بإقراره، وإنما أرادَ التى ادعيتها عليه - كان ذلك رَدًّا للإقرار بالدار التى بدمشق، وهو مدَّعٍ عليه الدار التى بمصر، ومدع عليه الإقرار له بها، والقولُ قولُ المدعى عليه مع يمينه، ويحلف عليهما يمينًا واحدةً.

فصل: وإن باع عبدًا من رجل، ثم ادعى رجل أنَّ العبد له غَصَبَهُ منه البائعُ - نظَرْت -:

فإنْ صدَّقه البائع والمشترى جميعًا، قُبلَ إقرارهما وردَّ المدعى؛ لأن الحق فى ذلك لهما دون غيرهما؛ فقَبِلَ قولهما فيه، وينظر فى الثمن: فإن كان البائعُ أخذه من المشترى؛ رده إليه، وإن لم يكن أخذه؛ لم يكنْ له أخذه؛ للحُكْمِ بفساد البيع.

فصل: وإنْ صدَّقه البائع دون المشترى -نظرْت -:

فإن كان ذلك فى مدة الخيار؛ فالحكم فيه كالحكم فى التى قبلها؛ لأنه يملك الفسخ فى مدَّة الخيار.

فإذا أقرَّ فيها بما يوجبُ الفسخ؛ قُبِلَ منه، وإن كان بعد لزومِ البيعِ؛ لم يقبلْ قول البائع عليه فى ذلكَ، ثم ينظر:

فإنْ لم يكنِ البائع قبض الثمن من المشترى؛ لم يكن له أخذه مِنَ المشترِى، وإن كان المشترِى مصدِّقًا له؛ لأنَّ البائع يقرُّ أنه لا يستحقُّه.

وإن كان قَبضه من المشترِى؛ لم يكنْ للمشترى أن يستردّه منه؛ وإن كان البائع معترفا به؛ لأنَّ المشترى لا يدَّعيه. وهل يلزمُ البائعَ قيمتُهُ للمغصوبِ منه؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يلزمه.

والثانى: يلزمه.

بناء على القولَيْن فيمن أقرَّ بدار لزيدٍ، ثم أقرَّ بها لعمرو:

أحدهما: يلزمه قيمتها لعمرو؛ لأنه أقرَّ له بعد ما حال بينه وبينها؛ فلزمه القيمة؛ كما لو قتل عبدًا، ثم أقرَّ به له؛ يؤكِّده أن قوله: «غصبت وبعت» يتضمَّن أنه ضامنٌ؛ فلا يسقط عنه الضمان بذلك.

والثانى: أنه لا يلزمُهُ؛ لأنَّ الحيلولة حصلَتْ من جهة الحكم، فلا شىء يلزمه.

وحكى القاضى أبو حامد المروروذىّ: أنَّ الشافعىَّ نصَّ على القولَيْن فى هذه المسألة فى «كتاب الإقرار» بالحكم الظاهر.

ومن أصحابنا من قال: يلزمه - هاهنا - الغرم قولًا واحدًا؛ لأن البائع قد حصل له عنها عوض، وهو الثمن؛ بخلافِ الإقرار بها لزيد، ثم لعمرو، وهذا يبطلُ به إذا لم يقبضِ البائع الثمن. وإن أقامَ البائعُ بينةً - نظَرْت -:

فإن كان قال وقت البيع: بعتُكَ ملكى، أو ما يتضمَّن ذلك: مِثْلُ أن يقرَّ بأنه ملك الثمن -لم تسمع بينته؛ لأنه أكْذَبها بذلك.

وإنْ كان باعَ وأطْلَقَ؛ سمعتِ البينة، قال الشافعى: لأنَّه قد يبيعُ ملكه، وغير ملكه.

وإنْ أقام المدعى بينة؛ سمعتْ، ولا تقبل شهادة البائع له.

وإن لم يكن - هناك - بينة، رجع العبد إلى البائع بهبة أو شرى ونحوِ ذلك؛ فعليه ردُّه إلى المغصوب منه؛ لأنه قد أقرَّ بملكه له؛ وإنما لم يقبلْ إقراره لحقّ غيره، وقد زال؛ فلزمه حكم الإقرار.

فصل: وإنْ صدَّقه المشترى دون البائعِ؛ قُبلَ إقراره فى حقِّ نفسه فى وجوب تسليم العبد إلى المقرِّ له؛ لأنه ملكه فى الظاهر؛ فقُبِلَ إقراره فيه، ولا يقبلُ فى حقِّ البائع، ولا يلزمه رد الثمن إليه؛ لأنَّ إقرار المقرِّ فيما يضر غيره لا يقبَلُ منه، وله استحلافه أنه لا يستحقُّه عليه، وإن كان ما دفع الثمن إلى البائع؛ وجب عليه دفعه إليه.

فصل: وإن كذَّباه، كان له إحلاف المشترى؛ لأنه لو أقر له، لزمه دفعه إليه، فإذا أنكَرَ؛ حلف عليه، وأمَّا البائع: فإنْ قلنا: إنه إذا أقرَّ له؛ غرم له - حلفه، وإن قلنا: لا يغرم له - لم يحلفه.

فصل: وإن كان المبيع عبدًا، وقد أعتقه المشترى؛ فصدَّقه البائع - لم يقبل قوله على المشترى، والحكم فيه على ما مضَى بيانه.

وإنْ صدَّقه المشترى دون البائعِ، رجع عليه بقيمته أكثَرَ ما كانت مِنْ حين القبضِ إلى حينِ العِتْقِ، ولم يرجعِ المشترى بالثمن على البائع.

وإنْ صدَّقه البائع والمشترى جميعًا، لم يقبلْ قولهما على المعتقِ؛ لأن الحريةَ قد ثبتَتْ له فى الظاهر؛ فلا يقبلُ قولهما عليه.

وإن صدَّقهما المعتقُ على ذلك، لم يقبلْ -أيضًا - فى إبطال الحرية؛ لأنها حقٌّ لله تعالى؛ فلا يقبلُ قولهم فى إسقاطها؛ ولهذا لو شهد شاهدان بالعِتْق، سمعت شهادتهما، وثبتَتْ حريته، وإن اتفق المولَى والعبد على الرقِّ، وللمقرِّ له أن يضمن من شاء منهما، فإن ضمن البائع، ضمن قيمته أكثَرَ ما كانت من حين الغصب إلى حين العتق، وإن ضمن المشترى، ضمن قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين العتق، فإنْ ضمن البائع، رجع على المشترى بأكثَرَ ما كانتْ قيمته مِنْ حين القبض إلى حين العتق، وإنْ ضمن المشترى، لم يرجعْ على البائع؛ لأنه أتلفه بالعتْقِ، وهو مضمون عليه؛ لأنه دخَلَ فى العقد على أنْ يكونَ مضمونًا عليه؛ فاستقرَّ الضمان عليه، وله أن يرجعَ عليه بالثمنِ إن كان سلَّمه إليه، ويكون ولاء العبد موقوفًا؛ لأنَّ المتبايعين قد أجمعا على أنه مملوكٌ للمدعى؛ فلا يمكنُ إثباتُ الولاء لهما؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما يدفعه عن نفسه؛ فكان موقوفًا؛ فإنْ مات المعتق، وله مالٌ ولا وارثَ له من جهة النسب، كان المالُ للمدعى رقه؛ لأن قولهما لم ينفذ فى إبطال العتق؛ لثبوتِ حقِّ الله تعالى فيه، فأمَّا المال: فقد اتفقوا على أنه له، ويمكنُ

قَبُولُ قولهم فيه؛ بخلافِ الحرية؛ فإنه لا يمكنُ قبولُ قولهم فى ردِّها، فإنْ أقام المدعِى بينةً بما ادَّعاه من ذلك، حكم بها فى حق الجميع؛ لانتفاء التهمة عنهما.

فصل: وإن باع عبدًا، ثمَّ ادعى على المشترى بعد لزومِ العقدِ: أنه كان قد غصبه من رجل، وأنه قد اشتراه منه بَعْدَ أنْ باعه منه، وطلب انتزاعَهُ من يده، وردّ الثمن إليه، وأنكر المشترى ذلك، فأراد أن يقيمَ البيِّنة على ما ادَّعاه -نظَرْت -:

فإن كان ذكر وَقْت البيع أنّه ملكه، أو جرىَ ذلك فى ضمن كلامه بأنْ قال: قد قبضت ثمن عبدى أو من ملكى ونحو ذلك - لم تسمعْ بينته؛ لأنه سبَقَ تكذيبه لها.

وإنْ لم يكنْ قال شيئًا مِنْ ذلك، سمعت بينته؛ لأن الإنسانَ قد يبيعُ ملكه وملك غيره؛ فلا يكون مجرَّد البيع تكذيبًا لها.

فصل: وإن ادعَى على رجل أنه غصبه عبدًا، فأنكر، فأتَى بشاهدَيْن، فقال:

أحدهما: أشهد أنه غصبه عليه، وقال الآخر: أشهد أنه ملكه - لم يُحْكَمْ بشهادتهما؛ لأن كل واحد منهما يثبتُ غير ما أثبته الآخر، وكان له أن يحلف مع أيهما شاء؛ فإذا حلف، حكم له به، إلا أن يقيم بينةً أنه أخذ منه بحقٍّ؛ لأنه ثبت بشهادتهما أن اليد كانت له.

وإنِ ادعى عليه أنه غصبه؛ فقال: صدقْتَ، ولكن، ابتعته منك بعد ذلك - لزمه أن يردَّ عليه، إلا أن يقيم بينة بالشرى؛ لأنه قد ثبت بإقراره أن اليد كانت له.

فصل: إذا ادعى عليه أنه غصبه دارًا، ووصفها؛ فأنكره؛ فأقامَ شاهدَيْن: شهد أحدهما أن الدار ملك للمدعِى، وشهد الآخر أن الدار فى حيِّزه -لم يحكم بهذه الشهادة؛ إلا أن يقول: أردْت بقولى: «فى حيزه»: فى ملكه. لأن قوله: «فى حيزه» يحتمل أنه فى يده ملكًا، ويحتمل أنه بإجارة أو إعارة أو بمجاورة، وإذا احتمل كلّ ذلك، لم يحكمْ له بالملك؛ إلا أن يفسّره به.

وإن شهد أحدهما أنه غَصَبها منه يومَ الخميسِ، وشهد الآخر أنه غصبها منه يومَ الجمعةِ - لم يحكَمْ بها؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما شهد على فعل غير الفعل الذى شهد به الآخَرُ.

وإن شهد أَحَدُهما أنه غصبها منه، وشهد الآخَرُ بأنه أقرَّ أنه غصبها منه - لم يحكمْ بها؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما أثبت غير ما أثبته الآخر؛ فهو كالمسألة التى قبلها، وله أن يحلف فى المسألتَيْن مع أحدهما، ويثبت ما ادعاه.

وإن شهد أحدهما أنه أقرَّ أنه غصبها منه يومَ الخميس، وشهد الآخر أنه أقرَّ أنه غصبها منه يوم الجمعةِ - لم تتم البينة؛ لأن الشهادتين لم تتفقا على شيء واحد.

وإن شهد أحدهما أنه أقر عنده يوم الخميس أنه غصبها منه، وشهد الآخر أنه أقر عنده يوم الجمعة أنه غصبها منه -: ثبتتِ البينةُ؛ لأن الشهادة على الإقرار، والإقرارُ إخبارٌ، والإخبار وإن اختلف وقته -فهو يرجع إلى أمر واحد؛ فجاز أن يخبر عنه فى وقتين مختلفَيْن، ويشق -أيضًا- الاجتماع فى الإقرار؛ فجعل بمنزلة الإقرار الواحد، فإن كان الغاصبُ قد حلف بالطلاقِ: أنه لم يغصبه، فشهد للمدعى واحدٌ بالغصب، وحلف معه، حكم له بها؛ لأنه مال؛ فثبت بالشاهد واليمين، ولا يقع طلاقه؛ لأنَّ الطلاق ليس بمالٍ؛ فلم يقعْ بالشاهد واليمين.

فصل: وإنْ كانتْ فى يدِ رجلٍ جارية، فوطئها وأولدها، ثم ادعى رجلٌ أنه غصبها منه، فأقرَّ له بها - حكم للمدعى بها، والكلام فيما يلزمه بذلك قد مضَى.

وإن أنكره، وقال: بل هى ملكى، فأقام المدعى بينةً، قضى له بها، ولزمه دفعها إليه، وأجرة مثلها، وأرش ما نقص بالولادة، ولم يلزمه الحدّ، ولم يكنْ الولد رقيقًا، لكنْ يلزمه المَهْر وقيمة الولد؛ لأن البينة توجبُ أن تكونَ اليد عليها للمدعَى، وأنه أخذها منه قهرًا، ولا يمتنع أن يكون فى الباطن الملك للمدعى عليه، وإذا احتمل ذلك، لم يجْب عليه الحد، ولم يحكمْ برق ولده بالأمر المحتمل.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل): إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فى تلف المغصوب، فقال المغصوب منه: هو باقٍ، وقال الغاصب: تلف؛ فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأنه يتعذر إقامة البينة على التلف.

وهل يلزمه البدل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه؛ لأن المغصوب منه لا يدعيه.

والثانى: يلزمه؛ لأنه بيمينه تعذر الرجوع إلى العين، فاستحق البدل، كما لو غصب عبدًا فأبق.

(فصل): وإن تلف المغصوب، واختلفا فى قيمته، فقال الغاصب: قيمته عشرة، وقال المغصوب منه: قيمته عشرون؛ فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل براءة ذمته، فلا يلزمه إلا ما أقر به كما لو ادعى عليه دينًا من غير غصبٍ، فأقر ببعضه.

(فصل): وإن اختلفا في صفته؛ فقال الغاصب: كان سارقًا فقيمته مائة، وقال المغصوب منه: لم يكن سارقًا فقيمته ألف؛ فالقول قول المغصوب منه؛ لأن الأصل عدم السرقة.

ومن أصحابنا من قال: القول قول الغاصب؛ لأنه غارم، والأصل براءة ذمته مما زاد على المائة.

فإن قال المغصوب منه: كان كاتبًا فقيمته ألف، وقال الغاصب: لم يكن كاتبًا فقيمته مائة؛ فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل عدم الكتابة، وبراءة الذمة مما زاد على المائة.

فإن قال المغصوب منه: غصبتني طعامًا حديثًا، وقال الغاصب: بل غصبتك طعامًا عتيقًا؛ فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل أنه لا يلزمه الحديث، فإذا حلف؛ كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق؛ لأنه أنقص من حقه.

(فصل): وإن غصبه خمرًا، وتلف عنده، ثم اختلفا، فقال المغصوب منه: صار خلًا، ثم تلف؛ فعليك الضمان، وقال الغاصب: بل تلف وهو خمر؛ فلا ضمان عَلَيَّ؛ فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل براءة ذمته، ولأن الأصل أنه باقٍ على كونه خمرًا.

(فصل): وإن اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب فادعى المغصوب منه أنها له، وادعى الغاصب أنها له؛ فالقول قول الغاصب؛ لأن العبد وما عليه في يد الغاصب؛ فكان القول قوله، والله أعلم.

(الشرح) قوله: «طعامًا حديثًا» الطعام الحديث[1] : ضد العتيق، وهو من سَنته، والعتيق: من عامٍ قبله أو عامين.

الأحكام: إذا اختلفَ الغاصبُ والمغصوبُ منه في تلف المغصوبِ، فقال المالك: هو باق، وقال الغاصب: تلف -فالقولُ قولُ الغاصب مع يمينه؛ لأنه يتعذَّر عليه إقامة البينة على التلفِ، فإذا حلف، فهل يلزمه البدلُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه؛ لأن المغصوب منه لا يدَّعيه.

والثاني: يلزمه؛ لأنه بيمينه تعذَّر الرجوع إلى العين؛ فاستحقَّ البدل عليه، كما لو

(١) ينظر النظم (٢/٢٦) .

غصَبَ عبدًا فأبق.

فصل: وإنْ تلف المغصوبُ فى يد الغاصبِ -نظَرْت -:

فإن اتفقا على قدر قيمته، دفع ذلك إليه.

وإن اختلفا فى قيمته: مِثْلُ أن كان المغصوب جاريةً، فقال الغاصبُ: قيمتها عشرة دنانير، وقال المغصوب منه: قيمتها عشرون -فالقولُ قولُ الغاصب مع يمينه؛ لأن الأصلَ براءةُ ذمَّته؛ فلا يلزمه إلا ما أقرَّ به؛ كما لو ادعَى عليه دينًا من غير غصب، فأقرَّ ببعضه: فإنْ أقام المغصوبُ منه بينةً على أنَّ قيمة الجاريةِ المغصوبةِ كانتْ عشرين، وجب ذلك على الغاصبِ؛ لأنَّ البينة مقدَّمة على قول المدعَى عليه، والبينة: شاهدان، أو شاهدٌ وامرأتان، أو شاهدٌ ويمين.

وإنْ أقام بينة على أنها كانَتْ تساوى أكثر من عشرين: قال أبو الفتح سليم: لم يجبْ ذلك عليه؛ لأنها شهدتْ بمجهول.

وإن أقام بينةً بأنها كانَتْ تركيَّةً بنت عشر سنين، ونحو ذلك مِنْ صفاتها، لم تقوَّم بالبينة؛ لأن الجاريتين قد تتفقان فى الصفات التى يذكرها الشهود، وتختلفان فى القيمة؛ لكون إحداهما أخف روحًا، وأكمَلَ عقلًا، وأجلَى لسانًا، وأبش.

فإن أقام الغاصب شاهدين بأنَّ القيمة عشرة، وأقام المالكُ شاهدَيْن أنها عشرون - قال فى الإيضاح: فالبينةُ بينةُ الغاصب.

ويحتمل أن يقال: تتعارضُ البينتان، ويكون القولُ قولَ الغاصبِ؛ لأنه غارمٌ.

وإنْ أقام الغاصبُ البينة أن القيمة عشرون بعد الغصب وقبل التلف - قال فى الإيضاح: قدمت بينة المالك؛ ووجهه: أن يلزمه ضمانه بأكثر ما كانَتْ قيمته مِنْ حين الغصب إلى حين التلف، فقدم ذلك؛ لأن بينة الغاصب لم تعارضها، ولأنها زائدة؛ فقدمَتْ للزيادة عليها بذلك.

فصل: وإذا اختلفا فى حليْة المغصوبِ، فقال الغاصب: كان ثوبًا هَرَوِيًّا، وقال صاحبه: بل كان مرويًّا -فالقولُ قولُ الغاصب مع يمينِهِ؛ لأنه غارم.

فصل: وإنْ غصب ثوبًا، فلبسه وأبلاه، ثم ترك اللبس زمانًا، فارتفعتْ قيمةُ ذلك الجنس من الثياب - فقد ذكرنا أنَّ عليه ردَّه مع أجرة المثلِ للمدَّة التى أقام فى يده، وما بين قيمته يومَ غصبه وقيمته يوم تناهى البلى، ولا تعتبر زيادة القيمة بعد البلى، فإذا ردَّه، واختلفا: فقال المالك: زادتِ القيمةُ قبل أن يناهى البلى، وقال الغاصب:

بل زادتْ بعد ذلك -فالقولُ قولُ الغاصب مع يمينه؛ لأنه غارم.

وهكذا - إن غصب ثوبًا، فتلف فى يده، ثم اختلفا، فقال المغصوب منه: زادت القيمة قبل التلف، وقال الغاصب: بل زادت بعد التلف - فالقولُ قوله مع يمينه؛ لأنه غارم.

فصل: وإنِ اختلفا فى صفة العبدِ المغصوبِ بعد موتِهِ فى يد الغاصبِ، فقال الغاصب: كان سارقًا؛ فقيمته مائة، وقال المغصوب منه: لم يكن سارقًا؛ فقيمته ألف، أو قال الغاصب: كان مجنونًا، أو أبرص، أو أعمى، أو أعوَرَ، أو مقطوعَ اليد أو الرِّجْل؛ فقيمته مائة، وقال المغصوب منه: كان سليما قيمته ألف -: فالقولُ قولُ المغصوب منه فى سلامته من العيوب، مع يمينه؛ لأن الأصلَ عدمُ السرقة وسائر ذلك.

ومن أصحابنا من قال: القول قول الغاصب مع يمينه؛ لأنه غارم، والأصل براءة ذمَّته ممَّا زاد على المائة؛ لأنَّ الزائد عليها فى مقابلة ما ينكر غصبه؛ فكان القولُ قولَهُ فيه؛ كما لو أنكرَ غصبَ الأصل.

والمذهب: الأوَّلُ؛ لأن الأصل السلامةُ من العيوب حتَّى يثبت ذلك.

فصل: وإن قال المغصوب منه: كان كاتبًا، أو قال: ذا صنعة أو فضيلة؛ فقيمتُهُ ألف، وقال الغاصب: لم يكنْ كاتبًا ولا ذا صنعة؛ فقيمتُهُ مائة - فالقولُ قولُ الغاصب مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الكتابة وسائر ذلك، وبراءة الذمَّة من الزيادة على المائة.

ومِنْ أصحابنا من قال: القولُ قولُ المغصوب منه مع يمينه فى إثبات الصفة؛ لأنَّه أعرف بملكه.

والمذهبُ: الأوَّل؛ لأنَّ الأصْلَ عدم الصفة التى وصفه بها حتى يثبتَ ذلك.

وإنْ غصب عبدًا مِنْ رجل، فوجد فى يده، وهو أعور أو أبرص، ورده عليه، فقال المغصوبُ منه: غصبته سليمًا، وقال الغاصب: بل غصبته وبه هذا العيبُ - فالظاهر أن القولَ قولُ الغاصب مع يمينه؛ لأنَّ الأصلَ براءةُ ذمَّته، ولأن المغصوبَ منه يقولُ: قبضته سليمًا، وهو ينكر ذلك، والأصل عدم القبض فى ذلك.

ويفارق إذا اختلفا، والعبد تالفٌ؛ لأن الغاصب يقولُ: كان به عيوبٌ، والمغصوب منه ينكرُ ذلك، والأصلُ السلامةُ، وعدمُ العيوب حتى يثبتها، وهاهنا -

العيوبُ موجودة.

وإن غصب منه طعامًا، ثم اختلفا، فقال المغصوب منه: غصبتنى طعامًا جديدًا، وقال الغاصب: بل غصبتك طعامًا عتيقًا - فالقول قولُ الغاصب؛ لأن الأصل أنه لا يلزمه الحديث، وإذا حلف كان للمغصوبِ منه أن يأخُذَ العتيقَ؛ لأنه أنقص من حقِّه.

فصل: وإن غصب منه عبدًا، فمات، فقال الغاصب: رددته عليك، وهو حى، ثم مات فى يدك، وقال المغصوب منه: بل مات فى يدك -فالقولُ قولُ المغصوب منه مع يمينه؛ لأن الأصلَ عدمُ ردِّه حتى يثبته. فإنْ أقام كلُّ واحد منهما بينةً على ما ادعاه، تعارضَتِ البينتان، وسقطتا، وكان القولُ قولَ المغصوب منه مع يمينه؛ كما لو لم يكنْ هناك بينة.

فصل: وإن ادعى على رجل أنه غصبَ منه جاريةً صفتها كيت وكيت، وأنها تلفَتْ فى يده، وأقام شاهدَيْن شهدا: أنه غصب منه جاريةً صفتها كيت وكيت - قضى له بشهادتهما؛ لأنَّ الذى شهدا به معلومٌ فى الجملة، ويرجع إلى الشاهدين فى قيمة الجارية، فإنْ ذكرا قيمتها، لزمه، وإن ماتا قبل أن يذكرا ذلك، فالقولُ قولُ الغاصب مع يمينه فى قَدْر قيمتها؛ لأنه غارمٌ إلا أن يذكر مالا يحتملُ: مثل أن يقول: كانَتْ قيمتها درهمًا واحدًا، ونحو ذلك - فلا يقبلُ، ويرجع إلى صاحبها، فإنْ قال: قيمتها عشرون دينارًا أو نحو ذلك، قيل للغاصب: إمَّا أن تحلف: إنه لم تكنْ قيمتها كذلك، وإما أن ترد اليمين عليه؛ ليحلف ويستحقَّ؛ كما لو أنكر الدعوى فى غير ذلك، ولم يحلفْ على إسقاطها.

فصل: وإنِ اختلفا فى الوَطْء فادعتِ المرأة: أنه أكْرَهَها عليه، وأنكره -فالقولُ قولُهُ مع يمينه.

قال فى الإيضاح: وقيل: فيها قول آخر: إنَّ القول قولها؛ لأنَّه يقرُّ بإتلاف بضعها، ويدَّعى رضاها؛ فكان القولُ قولَ مالك الشىء مع يمينه.

فصل: وإنْ غصب خمرًا، ثم تلف عنده، فقال المغصوب منه: صار خلًّا، ثم تلف؛ فعليك ضمانه، وقال الغاصب: بل تلف وهو خمرٌ؛ فلا ضمان علىَّ - فالقولُ قولُ الغاصب؛ لأن الأصلَ براءةُ ذمَّته، ولأن الأصل أنه تلف، وهو باق على كونه خمرًا.

فصل: وإن غصب عبدًا، ثم ردَّه، واختلفا فى الثياب التى على العبد المغصوب، فادعى المغصوبُ منه: أنها له، وادعى الغاصبُ أنَّها له - فالقولُ قولُ الغاصب مع يمينه؛ لأنَّ العبد وما عليه فى يد الغاصبِ؛ فكان القول قوله؛ لأنَّ الظاهر أنها له بحكم اليد، وقيل: القولُ قولُ المغصوب منه مع يمينه؛ لأن ما فى يد العبد وعليه كالذى فى يده؛ لأن يد العبد كيد المولَى.

والصحيح هو الأوَّل؛ لأنه لو كان كَيَدِهِ، وهو فى يد الغاصب، لم يجب على الغاصب أجرته؛ كما لا يجب عليه أجرة الحر؛ فلما وجب عليه أجرته، دلَّ على أنه بخلافه، والله أعلم بالصواب.

* * *

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب الشفعة

وتجب الشفعة فى العقار؛ لما روى جابر - رضى الله عنه - قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل شركٍ لم يقسم ربعه، أو حائطٍ، لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باعه، ولم يؤذنه؛ فهو أحق به، ولأن الضرر فى العقار يتأبد من جهة الشريك؛ فثبتت فيه الشفعة؛ لإزالة الضرر.

(فصل): وأما غير العقار من المنقولات؛ فلا شفعة فيه؛ لما روى جابر - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لا شفعة إلا فى ربعةٍ أو حائطٍ» وأما البناء، والغراس فإنه إن بيع مع الأرض، ثبتت فيه الشفعة؛ لما روى جابر - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان له شريك فى ربعٍ، أو نخلٍ، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضى أخذه، وإن كره، تَركه» ولأنه يراد للتأبيد، فهو كالأرض، فإن بيع منفردًا؛ لم تثبت فيه الشفعة؛ لأنه ينقل ويحول، فلم تثبت فيه الشفعة.

واختلف أصحابنا فى النخل، إذا بيعت مع قرارها، مفردةً عما يتخللها من بياض الأرض.

فمنهم من قال: تثبت فيه الشفعة؛ لأنه فرع تابع لأصلٍ ثابتٍ.

ومنهم من قال: لا شفعة فيها؛ لأن القرار تابع لها، فإذا لم تجب الشفعة فيها إذا بيعت مفردةً؛ لم تجب فيها وفى تبعها، وإن كانت دار أسفلها لواحدٍ، وعلوها مشترك بين جماعةٍ، فباع أحدهم نصيبه، فإن كان السقف لصاحب السفل؛ لم تثبت الشفعة فى الحصة المبيعة من العلو؛ لأنه بناء منفرد، وإن كان السقف للشركاء فى العلو؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا تثبت فيه الشفعة؛ لأنه لا يتبع أرضًا.

والثانى: تثبت؛ لأن السقف أرض لصاحب العلو؛ يسكنه ويأوى إليه، فهو كالأرض.

(الشرح) أما حديث: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة...» فأخرجه مسلم[1]،

---

(١) (٣/١٢٢٩) كتاب المساقاة (١) باب الشفعة حديث (١٣٤/١٦٠٨).

وأبو داود[١] ، والنسائى[٢] ، وأحمد[٣] ، والدارمى[٤] ، والطحاوى[٥] فى شرح معانى الآثار، وابن الجارود[٦] فى المنتقى، والدارقطنى[٧] ، والبيهقى[٨] من طريق ابن جريج عن أبى الزبير عن جابر به.

وأما حديث: «لا شفعة إلا فى ربعة أو حائط» فأخرجه البزار كما فى نصب الراية[٩] ، وقال البزار: ولا نعلم أحدًا يرويه بهذا اللفظ إلا جابر، وجود إسناده الحافظ فى التلخيص[١٠].

وأما حديث: «من كان له شريك فى ربع أو نخل. . .» فأخرجه مسلم[١١] ، وأحمد[١٢] بهذا اللفظ.

قوله: «الشفعة» الشفعة لغة: قال صاحب المطالع: الشفعة: مأخوذة من الزيادة؛ لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه، هذا قول ثعلب؛ كأنه كان وترا فصار شفعا، والشافع: هو الجاعل الوتر شفعا، والشفيع: فعيل بمعنى فاعل.

ومعناها الضم يقال: شفعت الشيء؛ ضممته إلى غيره. ومناسبة هذا للمعنى الشرعى أن الشريك يضم نصيب شريكه إلى نصيبه.

وقيل: من الشفع ضد الوتر؛ لأن الشفيع يضم حصة شريكه إلى حصته، فيصيران شفعًا، وقد كانت حصته وترًا.

وقيل من الشفاعة؛ لأن الرجل فى الجاهلية كان إذا أراد بيع داره أتاه شريكه فشفع إليه فيما باع، فشفعه وجعله أولى به من غيره، وهذا قول محمد بن قتيبة فى غريب

---

(١) (٣٥١٣).
(٢) (٣٠١/٧ - ٣٠٢).
(٣) (٣١٦/٣).
(٤) (١٨٦/٢).
(٥) (١٢٠/٤).
(٦) (٦٤٢).
(٧) (٢٢٤/٤).
(٨) (١٠٩/٦).
(٩) (١٧٨/٤).
(١٠) (١٣٥/٣).
(١١) (١٢٢٩/٣) كتاب (١): المساقاة، باب: الشفعة (١٦٠٨/١٣٣).
(١٢) (٣١٢/٣).

الحديث. وفى المصباح: «شفعت الشىء شفعًا من باب نفع: ضممته إلى الفرد، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة وهى مثال غرفة؛ لأن صاحبها يشفع ماله بها، وهى اسم للملك المشفوع، مثل اللقمة: اسم للشىء الملقوم، وتستعمل بمعنى «التملك» لذلك الملك، ومنه قولهم: «من ثبت له شفعة فأخر الطلب بغير عذر بطلت شفعته ففى هذا المثال جمع بين المعنيين؛ فإن الأولى للمال، والثانية للتملك»[1].

الشفعة فى الاصطلاح:

عند الشافعية: هى حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض. فقوله: قهرى بالرفع صفة للحق بمعنى الاستحقاق، أى أن ذلك الاستحقاق قهرى يثبت بمجرد البيع من غير رضا المشترى الحادث، ولا يحتاج للفظ إلا عند التملك، إذ لا يلزم من استحقاق التملك حصول الملك، والجر صفة للتملك، ومعنى كونه قهريا أنه متى بذل المستحق الثمن ووجدت الصيغة حصل قهرًا عن المشترى، والأول أظهر وأنسب.

وقوله: للشريك؛ أى: المالك للرقبة لا نحو موصى له بمنفعة وموقوف عليه.

وقوله: فيما ملك؛ أى: متعلق بـ: «يثبت»، وهو قيد خرج به ما وقف فلا شفعة فيه، فإذا وقف أحد الشريكين نصيبه على جماعة لم يكن لشريكه الأخذ بالشفعة من الموقوف عليهم.

وقوله: بعوض: قيد خرج ما ملك بغير عوض كإرث ووصية وهبة فلا شفعة فيه، وما ملك بعوض يشمل المبيع والمهر وعوض الخلع والصلح عن دم فإذا جعل أحد الشريكين نصيبه مهرًا لزوجته أو خالعت الزوجة زوجها بنصيبها من الدار كان لشريك الزوج الأخذ من الزوجة، ولشريك الزوجة الأخذ من الزوج بمهر المثل فيهما، وإذا صالح أحد الشريكين مستحق الدم بنصيبه من الدار كان لشريكه الأخذ بالدية أو الإرش، فالمراد بالعوض ما يشمل الواقع فى معاوضة غير محضة كالمهر[2].

---

(١) ينظر: الصحاح (٣/ ١٢٣٨)، والمغرب ص٢٥٣، والمصباح المنير (١/ ٤٨٥) .

(٢) ينظر: مغنى المحتاج (٢/ ٦٩٦)، والشرقاوى على التحرير (٢/ ١٣٦)، وحاشية البجيرمى (٣/ ١٤٥) .

وعند الحنفية: هى تملك البقعة جبرًا على المشترى بما قام عليه.

وزاد بعضهم: شركة أو جوارًا.

فقوله: تملك، شمل تمليك العين والمنافع. وقوله: البقعة، أخرج به تمليك المنافع. وقوله: جبرًا، أخرج به البيع فإنه يكون بالرضا.

وقوله: بما قام عليه، يعنى حقيقة أو حكمًا، والمراد تمليك البقعة أو بعضها ليشمل ما إذا اشتراها أحد شفعائها[1].

وأما عند المالكية: فقوله الشيخ: استحقاق، أى صيره جنسا للشفعة والاستحقاق المعهود وهو رفع ملك شىء، ولا يصح هنا أن يكون معنى الأخذ، بل المراد بالاستحقاق، اللغوى، أى طلب الشريك بحق أخذ مبيع شريكه، وطلبه أعم من أخذه فماهية الشفعة إنما هى طلب الشريك بحق أخذ مبيع شريكه. وهى معروضة للأخذ وعدمه، ولذا عبر بالاستحقاق لمعنى ما ذكرناه لأن الماهية قابلة للأخذ هنا والترك ويحتمل أن المراد بالاستحقاق فى الشريك بمعنى أن له حالة يثبت له بها حق فى الشفعة كما تقول: فلان يستحق التقديم للعدالة، بمعنى أن له حالة توجب له الاختصاص بذلك بسبب بيع شريكه. فالأول يرجع إلى طلب فعل والثانى لنسبة، فإذا باع شريك حصة من دار فلشريكه الشفعة فهل معناه أن للشريك طلب أخذ المبيع بسبب البيع، أو معناه أن الشريك له حالة استحق بها الطلب أو الأخذ بسبب البيع ذلك مما يقوى معنى الاستحقاق هنا، والله أعلم. والظاهر، وهو الصواب، الثانى وطلب الشفعة يبعد هنا. وسنزيد ذلك بيانا بعد. وقوله: «شريك» وخرج به غير الشريك. وقوله: «مبيع شريكه» أخرج به غير مبيع شريكه.

وقوله: «بثمنه» أخرج به ما إذا استحقه بملك ملكه به وأخذه من يده فإنه ليس بشفعة، أو استحقه بثمن أكثر أو أقل إذا باعه له[2].

وأما عند الحنابلة فهى: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه، إن كان مثله أو دونه. بعوض مالى.

فقوله: الشريك خرج به الجار والموصى له بنفع دار إذا باعها أو بعضها وارث؛

---

(١) ينظر: الاختيار (٢/٥٦)، وحاشية ابن عابدين (٥/١٣٧)، وفتح القدير (٩/٣٦٨)، والمبسوط (١٤/٩٠).

(٢) ينظر: شرح حدود ابن عرفة ص (٥٠١، ٥٠٢)، ومنح الجليل (٣/٥٨٢).

لأن الموصى له ليس بمالك لشيء من الدار.

وقوله: بعوض مخرج للموروث والموصى به والمرهون بلا عوض ونحوه.

وقوله: مالى مخرج للمجعول عوضًا عن مهر أو خلع أو دم عمد[1].

وشرعًا: «حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك».

حكمة التشريع:

لما كان الإسلام دين العدالة والنظام، وضع قوانينه على أتم إحكام وأقوم طريق؛ فإن من تدبر المقاصد الإسلامية الحقة، والحكم الشرعية الصحيحة، أدرك بلا شك أن السعادة فى التمسك بتعاليمه، نعم يدرك المنصف بلا ريب أن مقاصد الدين الإسلامى ترمى إلى تعميم المعاملات والإخاء، وتخويل عموم الأفراد حرية محضةً محدودة بحدود الحكمة، بحيث تكفل حفظ الحياة الاجتماعية، ما دام فى الوجود موجود، وهى مانعة من الإفراط والتفريط، وهذه أقصى درجات المدنية. فهل يتخيل متخيل حسن معاملة أجل وأعظم من معاملة الإسلام؟ لا جرم أن الدين الإسلامى أسست مبادئه على قواعد الحكمة والسداد، فقد ربط معاملات جميع الخلق بأحكامه الإلهية، فبين الحدود، والحقوق، والواجبات، فيا له من دين يراعى المصالح، فوضع لها التشريع المحقق لها، والكفيل بحراستها: نعم وضع للمعاملات أنظمة تضمن للناس - إذا ما ساروا على وفقها - حياة هنيئة مرضية، مع المحافظة على ما لهم من حقوق فى الحياة، فأنت كلما قلبت النظر فى أى ناحية من نواحيه، وجدته المشرع الحكيم، والمصلح الأمين، ولا غرو فقد وضعه خالق البشر، ومكون الفطر، وهو العليم الخبير.

تأمل كيف شرع الله الشفعة على لسان نبيه ﷺ للشريك، تجد فى هذا التشريع المثل الأعلى، والحكمة البالغة منتهى الرأفة والإحسان. إن من محاسن الشريعة الإسلامية وعدلها وقيامها بمصالح العباد، ورودها بالشفعة، ولا يليق بها غير ذلك؛ فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه، بقّاه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به.

ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب؛ فإن الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم

---

(١) ينظر: الإنصاف (٦/ ٢٥٠)، وكشاف القناع (٣/ ١٣٤).

على بعض - شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بالقسمة تارة، وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارة، وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر فى ذلك، فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه، كان شريكه أحقَّ به من الأجنبى، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان؛ فكان الشريك أحقَّ بدفع العوض من الأجنبى، ويزول عنه ضرر الشركة، ولا يتضرر البائع؛ لأنه يصل إلى حقه من الثمن، وكان هذا من أعظم العدل، وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد، والضرر الذى قصد الشارع رفعه بالشفعة، هو الضرر اللاحق بالقسمة؛ لأن كل واحد من الشريكين إذا طالب شريكه بالقسمة، كان عليه فى ذلك من المؤنة والكلفة والغرامة والضيق فى مرافق المنزل ما هو معلوم؛ فإنه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها، وبأى موضع شاء منها، فإذا وقعت الحدود ضاقت به الدار وقصر على موضع منها، وفى ذلك من الضرر عليه ما لا خفاء فيه، فمكنه الشارع بحكمته ورحمته من رفع هذا الضرر عن نفسه، بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبى الذى يريد الدخول عليه، وحرم الشارع على الشريك أن يبيع نصيبه حتى يؤذن شريكه؛ كى يسود الصفاء، وترتبط جماعة الناس بحبل من التعاطف والتآزر، ويرتفع الضرر الذى عُنِىَ الإسلام باستئصاله.

قال ﷺ: «لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»، بل محبة وإخاء، وألفة ووئام، فسبحان من شرّع على لسان نبيه ﷺ من الأحكام، ما حافظ به على مصالح العباد، وهو الرءوف الرحيم[١].

قوله: «قَضَى رسول الله ﷺ»[٢] أى: حكم وأوجب.

قوله: «فى كل شِرْكٍ» هو الاسم من الاشتراك فى الْمِلْكِ.

قوله: «رَبْعَةٍ» الرَّبْعُ: هو الدار نفسها حيث كانت، وجمعها: رِباعٌ ورُبوعٌ وأربُعٌ وأرباعٌ[٣]. سمى بذلك؛ لأن الإنسان يربع فيه، أى: يسكنه، ويقيم فيه، ولعل الربعة تأنيثُهُ.

---

(١) ينظر الشفعة لأبى العنين محمد .

(٢) ينظر النظم (٢/ ٢٧) .

(٣) ينظر الصحاح والمصباح والقاموس مادة: (ربح) .

والحائط: النخل يحوط عليه بجدار أو غيره.

قوله: «حتى يؤذن شريكه» أى: يُعْلِمَهُ ﴿وَأَذَٰنٌ مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٣] أى: إعلام. ومنه الأذان فى الصلاة، وهو: الإعلام بها.

المنقول: هو الشيء الذى يمكن نقله من محل إلى آخر، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات.

وقال المالكية: المنقول: هو ما يمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته الأولى، أى ما يمكن نقله بدون أن تتغير صورته، كالعروض التجارية من أمتعة وسلع وأدوات وكتب وسيارات وثياب ونحوها.

قوله: «يتخللها»[1] أى: يكون فى خلالها من البياض. والخلل: الفُرجة بين الشيئين، والجمع: الخلال، قال الله تعالى: ﴿فَتَرَى ٱلْوَدْقَ يَخْرُجُ مِنْ خِلَٰلِهِۦ﴾ [النور: ٤٣، الروم: ٤٨] وهو: الْفُرَجُ بين السحاب.

قوله: «القَرار» المستقر من الأرض، وهو الذى يقر فيه، أى: يثبت فيه ويقيم.

الأحكام: الشفعةُ مأخوذةٌ من الزيادة؛ لأن الشفيع إذا أخذ المبيعَ، فقد شفع به ملكه بانضمامه إليه؛ فصار ملكه به شَفْعًا.

فصل: وتجَبُ الشفعةُ فى العقارِ، وهو العراصُ وما يتصلُ بها من بناءٍ وغراسٍ.

وحكى عن الأصمِّ: أنه قال: لا تثبت الشفعة بحالٍ. وهذا غلطٌ؛ لما روى جابرٌ -رضى الله عنه- قال: «قَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ بالشُّفْعةِ فى كُلِّ شِرْكٍ -بكَسْر الشِّين- لم يُقْسَمْ رَبْعُهُ -بفتح الراء- أَوْ حَائِطٍ؛ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِنْ بَاعَهُ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ».

الرَّبْع: الدار بعينها حيث كانَتْ، والحائط هاهنا - البستان.

ولأن الضرر فى العقار يتأبّد من جهة الشريك؛ فثبتت الشفعةُ فيه؛ لإزالة الضرر؛ لأنَّ فى طلب المشترى القسمة إضرارًا؛ فجعل له إزالة ذلك الضرر بأخذه بالشفعة.

فإنْ قيل: فى ذلك إضرارٌ بالمالك؛ فإنَّ من أراد أن يشتريه إذا عَلِمَ أنّه يؤخذ منه إذا اشتراه - امتنع مِنَ الشرى، وتقاعد الشريك وإنْ علم ذلك، ثم يمكنه دفع الضرر بأنْ يقاسمه، ثم يبيع، فلا يأخذ بالشفعة.

---

(١) ينظر النظم (٢/٢٨).

فصل: وأمَّا غيرُ العقار من المنقولاتِ: كالثياب والحيوان والسفن وغير ذلك، فلا شفعة فيه.

وعن مالك روايتان:

إحداهما: أنَّ الشفعة تثبتُ فى جميع ذلك.

والثانية: أنَّها تثبتُ فى السفن خاصَّة.

دليلنا: ما روى جابر - رضى الله عنه - قال: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «لَا شُفْعَةَ إِلَا فى رَبْعَةٍ أَوْ حَائِطٍ».

قالوا: روى ابن أبى مليكة -رضى الله عنه - أنَّ النبى ﷺ قال: «الشُّفْعَةُ فى كُلِّ شَىءٍ»[1].

قلنا: هو مرسل؛ فلا حجة فيه، ثم خبرنا خاصٌّ، وهذا عامٌّ؛ فحمل عليه.

قالوا: الشفعة تثبت لأجل ضرر القسمة، وذلك موجودٌ فيما ينقل.

قلنا: الضرر بالقسمة إنما هو لما يحتاج إليه مِنْ أحداث المرافق؛ وذلك يختصُّ بالأرض دون غيرها؛ فافترقا.

فصل: وأمَّا البناء والغراس: فإنه إن بيع مع الأرض، ثبتت فيه الشفعة؛ لما روى جابر - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ كَانَ لَهُ شَرِيكٌ فِى رَبْعٍ أَوْ فَحْلٍ -بالفاء والحاء بلا نقط - فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ: فَإِنْ رَضِىَ أَخَذَهُ، وَإِنْ كَرِهَهُ تَرَكَهُ». وأراد بالفحل - هاهنا - الحائط الذى فيه النخل؛ لأن المراد بالفحل - هاهنا، والله أعلم -: ذكر النخل.

ولأنه يراد للتأبيد؛ فهو كالأرض إذا بيع معها. وإن باع شقصا من أرض، فيه ناعورة أو دولاب، فللشفيع أن يأخذ الجميع بالشفعة؛ لأن الدولاب والناعورة يتبعان الأرض بالإطلاق فى البيع؛ فيتبعانها فى الشفعة؛ كالبناء والغراس.

فأما الكيزان التى يديرها الرجل والبهيمة، والرياش -: وهى الجذوع التى تنصب على البئر أو النهر وتعلق عليها الباطنه، ويقوم عليها الرجل - والحبل والدلو للبئر، والعبد المرسوم لخدمة الضيعة - فلا شفعة فى شىء منها؛ لأنها لا تدخل فى البيع بالإطلاق.

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف (٤/ ٥٢١) (٢٢٧٥٥).

قال أبو العباس بن سريج: وكذلك الدولاب والناعورة؛ كالبناء، فأما الدولاب الذى يأخذ الماء بالمرسلة، فيدخل فى الشفعة، سوى المرسلة؛ فإنها لا تدخل فى الشفعة.

فصل: فإن بيعت الأرض دون البناء والغراس ثبتت فيها الشفعة، وإن بيع البناء والغراس منفردا عن الأرض وعن قراره -لم تثبت فيه الشفعة؛ لأنه ينقل ويحوّل؛ فلم تثبت فيه الشفعة؛ كسائر ما ينقل ويحول. واختلف أصحابنا فى النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض؛ فمنهم من قال: يثبت فيه الشفعة؛ لأنّه فرع تابع لأصل ثابت؛ فهو كما لو بِيعَتْ مع البياض الذى يتخللها.

ومنهم من قال: لا شفعة فيها؛ لأنَّ القرار تابع لها؛ فإذا لم تجبِ الشفعة فيها إذا بيعت مفردة عن القرار، لم يجبْ فيها وفى تبعها.

فصل: وإن كان المبيع دارًا سُفْلها لواحد، وعلوها مشترك بين جماعة، فباع أحدهم حصتَهُ من العلو:

فإن كان السقف لصاحبِ السفلِ: بأنْ يكون ملَّكَهُم صاحبُ السفلِ العلوَ ببيعٍ أو غيره، وأنشأ السقف، أو اشترى منهم السفل مع السقف -لم تثبت الشفعة فى الحصّة المبيعة من العلو؛ لأنه بناء منفرد.

وإن كان السقف للشركاء، لم تثبتِ الشفعة لصاحبِ السفلِ؛ لأنه مجاورٌ، وهل تثبتُ الشفعة للشركاء فى العلو؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تثبتُ فيه الشفعة؛ لأن الشفعة تجب فى الأرضِ، والبناءُ تابعٌ، والغرفة لا تتبع أرضًا؛ فلا تنفرد عن الأرض بالشفعة.

والثانى: تثبت؛ لأن السقف أرضٌ لصاحب العلو، يسكنه ويأوى إليه؛ فهو كالأرض.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): وإن بيع الزرع مع الأرض، أو الثمرة الظاهرة مع الأصل؛ لم تؤخذ مع الأصل بالشفعة؛ لأنه منقول، فلم يؤخذ مع الأرض بالشفعة؛ كثيران الضيعة.

فإن بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة؛ ففيه وجهان:

أحدهما: تؤخذ الثمرة مع الأصل بالشفعة؛ لأنها تبعت الأصل فى البيع، فأخذت معه بالشفعة؛ كالغراس.

والثانى: لا تؤخذ؛ لأنه منقول، فلم تؤخذ مع الأصل؛ كالزرع، والثمرة الظاهرة.

(فصل): ولا تثبت الشفعة إلا للشريك فى ملكٍ مشاعٍ، فأما الجار والقاسم؛ فلا شفعة لهما؛ لما روى جابر - رضى الله عنه - قال: إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فى كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق؛ فلا شفعة؛ ولأن الشفعة إنما تثبت؛ لأنه يدخل عليه شريك، فيتأذى به، فتدعو الحاجة إلى مقاسمته، فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق، وهذا لا يوجد فى المقسوم.

(الشرح) أما حديث «إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فى كل ما لم يقسم» فأخرجه البخارى[١]، وأبو داود[٢]، وابن ماجه[٣]، وأحمد[٤]، والطيالسى[٥]، وعبد الرزاق[٦]، وابن الجارود[٧] فى المنتقى، والطحاوى[٨] فى شرح معانى الآثار، والبيهقى[٩].

قوله: «مِلْكٍ مُشاعٍ» أى: مشترك غير مقسوم، من قولهم: أشاع الخبر: إذا أذاعه. ولم يختص به واحد دون واحد.

قال الأزهرى[١٠]: إنما قيل له: مُشاع؛ لأن سهم كل واحد من الشريكين أشيع، أى: أذيع وفرق فى أجزاء سهم الآخر حتى لا يتميز منه، يقال: شاع اللبن فى الماء: إذا تفرقت أجزاؤه فى أجزائه حتى لا يميز.

قوله: «إنما جعل»: قال أهل العربية: «إنما» تقتضى إيجاب شىء ونفى غيره. كقولهم: إنما المرء بأصغريه، بقلبه ولسانه، معناه: أن كمال المرء بهذين العضوين - وإن صغر - لا بروائه ومنظره. وكذلك معنى الحديث: إن الشفعة تجعل فيما لم

(١) (٤/٤٣٦) كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم (٢٢٥٧).
(٢) (٣٥١٤).
(٣) (٢٤٩٩).
(٤) (٣/٢٩٦، ٣٧٣، ٣٩٩).
(٥) (١٦٩١).
(٦) (٨/٧٩ - ٨٠) (١٤٣٩١).
(٧) (٦٤٣).
(٨) (٤/١٢٠ - ١٢١).
(٩) (٦/١٠٢).
(١٠) ينظر الزاهر ص (٢٤٤، ٢٤٥).

يقسم، ولا تجعل فيما قسم[١].

قوله: «المرافِقُ»[٢] هو: ما يرتفق به، أى: يُنتفع، والرِّفْقُ: النفع.

الأحكام: إن بيع الزرعُ مع الأرض، أو الثمرة الظاهرة على الشجر مع الأصل والأرض -لم يؤخذ الزرع والثمرة مع الأصل بالشفعة؛ وإنما يأخذ الأرض والشجر بحصتهما من الثمن، ويترك الزرع والثمرة على المشترى بحصَّته من الثمن.

وقال أبو حنيفة[٣] : تثبت الشفعة فى الزرع والثمرة مع الأصْل، وهو إحدى الروايتين عن مالك فى الثمرة.

دليلنا: قوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِى كُلِّ شِرْكٍ: رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ» ؛ فجعل جنس الشفعة فى الرباعِ والحوائط؛ لأنه ذكرها بالألف واللام، ولأن ما لا يتبع الأرض فى مطلق البيع، لم يستحقَّ بالشفعة كثيرانِ الضيعة والغلمان الذين يعملون فيها.

قالوا: متصل بالمشفوع؛ فأشبه النخل والبناء.

قلنا: ذلك يراد للبقاء، وهذا ينقل؛ ولهذا يتبع ذلك الأصل فى البيع، وهذا لا يتبع.

فصل: وإنْ بيع النخل مع الأرض، وعليه ثمرة غير مؤبَّرة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يؤخذ الثمن مع الأصل بالشفعة؛ لأنَّها تبعت الأصل فى البيع؛ فأخذت معه بالشفعة؛ كالغراس.

---

(١) ينظر: الزاهر (٢٤٣) .

(٢) ينظر النظم (٢/ ٢٨) .

(٣) قال فى المبسوط (١٤/ ١٣٣): وإذا اشترى نخلا؛ ليقطعه، فلا شفعة فيه، وكذلك إذا اشتراه مطلقا؛ لأن الأرض لا تدخل فى هذا الشراء، والنخل بدون الأرض كالبناء لا يستحق بالشفعة، فإن اشتراها بأصولها ومواضعها من الأرض ففيها الشفعة؛ لأنها تابعة للأرض فى هذا الحال، وكذلك إن اشترى زرعا أو رطبة ليجزها، لم يكن فى ذلك شفعة، وإن اشتراها مع الأرض وجبت الشفعة فى الكل استحسانا، وفى القياس: لا شفعة فى الزرع؛ لأنه ليس من حقوق الأرض وتوابعها؛ ولهذا لا يدخل فى البيع إلا بالذكر، فهو كالمتاع الموضوع فى الأرض لا يستحق بالشفعة، وإن اشترى مع الأرض، ووجه الاستحسان: أن الزرع متصل بالأرض ما لم يحصد، وما كان من المنقول متصلا بالعقار يستحق بالشفعة تبعا، كالأبواب، والشرب المركبة، يوضحه: أن الشفيع يقدم على المشترى شرعا، وقبل الحصاد يمكنه أخذ الكل من الوجه الذى أوجبه العقد للمشترى، بخلاف ما إذا لم يحصد حتى حصد الزرع؛ لأنه لا يمكنه أخذ الزرع بعد الحصاد على الوجه الذى أوجبه العقد للمشترى، فلو أخذه كان أخذا للمنقول بالشفعة مقصودا، وذلك ممتنع .

والثانى: لا يؤخذ مع الأصل بالشفعة؛ لأنه منقولٌ؛ فلم يؤخذ مع الأصل بالشفعة؛ كالزرع والثمرة الظاهرة؛ فعلى هذا: يأخذ الأصل بحصته من الثمن، ويترك الثمرة على المشترى بحصَّتها من الثمن.

فصل: ولا تثبتُ الشفعة إلا للشريكِ فى ملك مشاع، فأمَّا الجار والشريك الذى قاسم شريكه، فلا شفعة لهما؛ وبه قال مالك[1]، وأحمد، وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: تثبت الشفعة بالشركة فى الملكِ والطريقِ والجوارِ، ويقدَّمُ الشريك فى الملكِ، ثم الشريك فى الطريق المشترك فى الدرب الذى لا ينفذ؛ فإنه تثبت الشفعة لجميعِ أهلِ الدربِ الأقرب فالأقرب، فإنْ لم يأخذ وأثبت للملاصق من دربٍ آخر خاصَّة.

دليلنا: ما روى جابر - رضى الله عنه - قال: «إِنَّمَا جَعَلَ رَسُولُ الله ﷺ الشُّفْعَةَ فِى كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتَ الحُدُودُ وَصُرفَت الطُّرُقُ، فَلَا شُفْعَةَ»، وروى أبو هريرة -رضى الله عنه -: «أَنَّ النبى ﷺ قَضَى بالشُّفْعَةِ فيما لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ»[2]؛ فجعل جنس الشفعة فيما لم يقسمْ؛ فلا تبقى شفعة تجعل فى

(١) قال فى المنتقى (٦/ ٢١٦): قوله: وإذا وقعت الحدود فى الأرض فلا شفعة فيها، على ما تقدم من أنه لا شفعة للجار؛ لأن الحدود إذا ميزت حق كل واحد منهم بالقسمة فقد خرجوا عن حكم الشركة إلى حكم المجاورة، والحديث الذى ورد أن الجار أحق بصقبه؛ لأنه محمول على الشريك بدليل قوله ﷺ: «فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» وهذا واضح فى ذلك .

(٢) أخرجه ابن ماجه (٤/ ١٢٤، ١٢٥) كتاب الشفعة باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة (٢٤٩٧)، وابن حبان (٥١٨٥ - الإحسان) والطحاوى فى شرح المعانى (٤/ ١٢١) كتاب الشفعة باب الشفعة بالجوار

والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٠٣) كتاب الشفعة باب فيما لم يقسم من طريق مالك عن الزهرى عن سعيد بن المسيب وأبى سلمة بن عبد الرحمن عنه وأخرجه أبو داود بنحوه (٢/ ٣٠٨) كتاب البيوع باب فى الشفعة (٣٥١٥) من طريق ابن جريج عن الزهرى به

وأخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٥٤٨) كتاب الشفعة باب ما تقع فى الشفعة (١) ومن طريق الشافعى فى المسند (٢/ ٣٤٣)، ابن أبى شيبة فى المصنف (٤/ ٥٢٠) (٢٢٧٤٣) والطحاوى فى شرح المعانى (٤/ ١٢١) والبيهقى (٦/ ١٠٣)، عن سعيد بن المسيب وأبى سلمة بن عبد الرحمن مرسلا .

وأخرجه البيهقى (٦/ ١٠٣)، والطحاوى (٤/ ١٢٢) من طريقين عن الزهرى عن سعيد مرسلا .

وأخرجه النسائى (٧/ ٣٢١) فى البيوع باب ذكر الشفعة وأحكامها من طريق معمر عن الزهرى عن أبى سلمة مرسلا .

المقسوم.

فإنْ قيل: هذا حجة لنا فى شريكَيْن باعَا دارًا لهما قبل القسمة:

قيل: قوله «الشفعة فيما لم يقسم» يقتضى أن تكون الشفعة لكونه لم يقسم، وفيما ذكروه تثبت الشفعة؛ لكونه جارًا، ولأنا لو أثبتنا الشفعة فيما قالوا، لأبطلنا ما عقل مِنْ صرفه فى جميع الشفعة فيما لم يقسمه، ولأنه قال فى آخره: ، «فإذا وقعَتِ الحدودُ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ؛ فلا شفعة»، فصرَّح بإسقاطِ الشفعةِ فى المقسوم.

فإن قيل: المراد بقوله: «فإذا وقعَتِ الحدودُ، فلا شفعةَ» أى لا شفعة بالقِسمْة:

قيل: إنما نفى بوقوع الحدود ما أثبتَهُ فى أوّله، والذى أثبته فى أوّله الشفعة فيما بيع؛ فيجبُ أن يكون الذى نفى هو الشفعة فيما بيع، ولأنَّ ملكه محوز عن ملكه؛ فلا شفعة له عليه؛ كالجار المحاذى، ولأن الشفعة إنما تثبت لدخول الشريك على الشريكِ والاطلاع على حرمه؛ فيضطر إلى مقاسمته فيه، وينقص قيمة ملكه، ويحتاج إلى استئنافِ مرافق فى نصيبه: كالبئر والبالوعة والباب والممر وغير ذلك، وهذا المعنى لا يوجد فى المحوز؛ فلم تثبت فيه الشفعة، ولأنا لو أثبتنا الشفعة للجار، لم يقدم أحد على شرى ملك؛ خوفًا من الشفعة؛ فيحتاج إلى أن يبيعه من الجار بدون الثمنِ، وفى ذلك إضرار بالناس.

واحتجُّوا بقوله -عليه الصلاة والسلام-: «الجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ»[1]، يقال: بالسين والصاد.

---

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٤٣٧) كتاب: الشفعة، باب: عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، الحديث (٢٢٥٨)، وكذلك الشافعى (٢/ ١٦٥) كتاب: الشفعة، الحديث (٥٧٤)، وأحمد (٦/ ١٠، ٣٩٠)، وأبو داود (٣/ ٧٨٦) كتاب: البيوع والإجارات، باب: فى الشفعة، الحديث (٣٥١٦)، والنسائى (٧/ ٣٢٠) كتاب: البيوع، باب: ذكر الشفعة وأحكامها، وابن ماجه (٢/ ٨٣٣) كتاب: الشفعة، باب الشفعة بالجوار، الحديث (٢٤٩٥)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٣، ١٢٤) كتاب: الشفعة، باب: الشفعة بالجوار، والدارقطنى (٤/ ٢٢٢، ٢٢٣) كتاب: الأقضية، الحديث (٧٠)، (٧١)، (٧٢)، والبيهقى (٦/ ١٠٥، ١٠٦) كتاب: الشفعة، باب: الشفعة بالجوار، وأبو نعيم فى تاريخ أصبهان (١/ ٧٩) من طريق إبراهيم بن ميسرة عن عمر بن الشريد قال: «وقفت على سعد بن أبى وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبىَّ، إذ جاء أبو رافع مولى النبى ﷺ فقال: يا سعد ابتع منى بيتى فى دارك، فقال سعد: والله ما أبتاعها، فقال المسور: والله لتبتاعنهما، فقال سعد: والله، لا أزيدك له على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة، قال أبو رافع: لقد =

. . . .

= أعطيت بها خمسمائة دينار، ولولا أنى سعت رسول الله يقول: الجار أحق بسقبه ما أعطيكها بأربعة آلاف، وأنا أعطى بها خمسمائة دينار، فأعطاها إياه»، وخالفه عمرو بن شعيب فقال عن عمرو بن الشريد عن أبيه الشريد ابن سويد عن النبى ﷺ أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف (٧/ ١٦٨) كتاب: البيوع والأقضية، باب: من كان يقضى بالشفعة للجار، الحديث (٢٧٧١)، والنسائى (٧/ ٣٢٠) كتاب: البيوع، باب: الشفعة وأحكامها، وابن ماجه (٢/ ٨٣٤) كتاب: الشفعة، باب: الشفعة بالجوار، الحديث (٢٤٩٦) والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٤) كتاب: الشفعة، باب: الشفعة بالجوار كلهم من طريق حسين المعلم به، وأخرجه ابن الجارود فى المنتقى (٢١٧) باب فى الشفعة، الحديث (٦٤٥)، والبيهقى فى السنن (٦/ ١٠٥) كتاب: الشفعة، باب: الشفعة بالجوار، وأحمد (٤/ ٣٨٩)، وعبد الرازق (٨/ ٧٧)، والدارقطنى (٤/ ٢٢٤) من طريق عبد الله بن عبد الرحمن الطائفى عن عمرو بن الشريد عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «الجار أحق بسقبه»، قال أبو نعيم: قلت لعمرو: ما سقبه؟ قال: الشفعة، وقد أشار الترمذى فيسننه ٣٠/ ٦٥١) كتاب: الأحكام، باب: ما جاء فى الشفعة، الحديث (١٣٦٨) إلى طريق عبد الله بن عبد الرحمن هذه وقال: (إنه حديث حسن)، ثم ذكر طريق إبراهيم بن ميسرة السابقة عن عمرو بن الشريد عن أبى رافع، وقال: سمعت محمدًا - يعنى البخارى - يقول: كلا الحديثين عندى صحيح.

وفى الباب عن جابر وابن عباس وسمرة بن جندب وأنس وعلى وابن مسعود وعبد الله ابن عمر بن الخطاب ويزيد بن الأسود .

- حديث جابر:

رواه أبوداود الطيالسى (٢٣٤) الحديث (١٦٧٧)، وأحمد (٣/ ٣٥٣)، وأبو داود (٣/ ٧٨٧، ٧٨٨) كتاب: البيوع والإجارات، باب: الشفعة، الحديث (٣٥١٨)، والترمذى (٣/ ٦٥١) كتاب: الأحكام، باب: الشفعة للغائب الحديث (١٣٦٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٣) كتاب: الشفعة، باب: الشفعة بالجوار، الحديث (٢٤٩٤)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٠) كتاب: الشفعة، باب: الشفعة بالجوار، والبيهقى (٦/ ١٠٦) كتاب: الشفعة، باب: الشفعة بالجوار كلهم من رواية عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بشفعته، ينتظر به وأن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا» وقال الترمذى: هذا حديث حسن غريب، ولا نعلم أحدًا روى هذا الحديث غير عبد الملك ابن أبى سليمان عن عطاء عن جار، وقد تكلم شعة فى عبد املك بن أبى سليمان من أجل هذا الحديث . وعبد الملك هو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحدًا تكم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث . وقد روى وكيع عن شعبة عن عبد الملك هذا الحديث . وروى ابن المبارك عن سفيان الثورى قال: عبد الملك بن أبى سليمان ميزان، يعنى فى العلم .

- حديث ابن عباس:

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٣٣) كتاب: الشفعة، باب: من باع رباعًا، فليؤذن شريكه، الحديث (٢٤٩٣) من طريق يزيد بن هارون أنبأنا شريكعن سماك عن عكرمة عن ابن =

قلنا: يحتمل أن يكون معناه بالعرض عليه؛ فأوجب التوقُّف فيه.

قالوا: روى أنَّ النبى ﷺ قال: «الخَليطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفيعِ، وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ»[(١)].

قلنا: لا يعرف هذا فى أصل؛ والذى - يدُل على ضعفه: أنه جعل الخليط غير الشفيع، والخليط شفيع بالإجماعِ، ثم المراد به فى العَرْض عليه؛ ولهذا قال:

= عباس عن النبى ﷺ قال: «من كانت له أرض، فزراد بيعها فليعرضها على جاره».
وقال الحافظ البوصيرى فى الزوائد (٢/ ٢٨١): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات. أ. هـ.
- حديث سمرة:
أخرجه أحمد (٥/ ٨، ١٢)، وأبو داود (٣/ ٧٨٧) كتاب: البيوع والإجارات، باب: الشفعة، الحديث (٣٥١٧)، والترمذى (٣/ ٦٥٠) كتاب: الأحكام، باب: فى الشفعة، الحديث (١٣٦٧)، وابن الجارود (٢١٧) باب ما جاء فى الشفعة، الحديث (٦٤٤)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٣) كتاب: الشفعة بالجوار، والبيهقى (٦/ ١٠٦) كتاب: الشفعة، باب: الشفعة بالجوار من طريق قتادة عن الحسن عن سمرة قال رسول الله ﷺ «جار الدار أحق بالدار»، وقال بعضهم: «جار الدار أحق بدار الجار، أو الأرض».
وقال الترمذى: حسن صحيح.
- حديث أنس:
أخرجه النسائى فى الكبرى كما فى التحفة (١/ ٣١٨)، ولاطحاوى فى معانى الآثار (٤/ ١٢٢)، وابن حبان (١١٥٣ - موارد) والخطيب فى التاريخ (١١/ ٣٤٢) من حديث عيس بن يونس عن سعيد ابن أبى عروبة عن قتادة عن أنس به مرفوعًا «جار الدار أحق بالدار» وصححه ابن حبان.
- حديث على وابن مسعود:
أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف (٧/ ١٦٣، ١٦٤) كتاب: البيوع والأقضية، باب: من كان يقضى بالشفعة للجار، الحديث (٢٧٥٨) فى كتاب: أقضيته ﷺ قال: حدثنا جرير عن منصور عن الحكم عن على وعبد الله قالا: «قضى رسول الله ﷺ بالجوار».
- وحديث ابن عمر:
رواه الطبرانى فى الأوسط كما فى المجمع (٤/ ١٦١)، ولفظه: «الجار أحق بسقبه ما كان» وقال الهيثمى، وفى إسناده عبيد بن كثير العامرى وهو متروك.
- وحديث يزيد الأسود:
أخرجه الطبرانى فى الكبير كما فى المجمع (٤/ ١٦٢) بلفظ «الجار أحق بسقيه».

(١) أخرجه الطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٤ - ١٢٥) وعبد الرزاق (١٤٣٨٦) عن شريح من قوله بلفظ «... والشفيع أحق ممن سواه»
وأخرجه عبد الرزاق (١٤٣٨٩) عن إبراهيم من قوله أيضًا
وله شاهد مرسل عن الشعبى أخرجه عبد الرزاق (١٤٣٩٠).

«والشفيعُ أحَقُّ من غيره»[١] ، ولا حق لغير الشفيع فى الشفعة.

قالوا: روى أن النبى ﷺ قال: «الجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ يُنْتَظَرُ بِهَا إِنْ كَانَ غَائِبًا: إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا»[٢].

قلنا: قال شعبة: سها عبد الملك بن سليمان فى هذا الحديث، وقال: لو روى حديثًا آخر مثل حديث الشفعة، لطرحتُ حديثه؛ ويدلُّ على ضعف حديثه: أنه شرط أن يكون طريقُهما واحدًا، وهذا لا يقوله أحدٌ.

قالوا: روى عمرو بن الشريد، عن أبيه، قال: «قُلْتُ يا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ جَارِىَ بَاعَ أَرْضًا، وَلَيْسَ لى فِيهَا شِرْكٌ وَلَا حَقٌّ إِلَّا الجِوَارَ؟ فَقَالَ: أَنْتَ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِكَ»[٣].

قلنا: قال ابن المنذر: إسناده مضطربٌ، ثم يحتمل أنه أراد لا شركة لى فى الحال، وقد كان له شرك عند الشراء.

قالوا: بينهما خلطة فى جزء من العقار، وهو الجدار؛ فأشبَهَ إذا كان شريكًا فى الجميع.

قلنا: لو كان هذا صحيحًا، لوجب ألَّا يقدمَ عليه الشريك، ولا سيَّما على قولهم؛ فإنَّ صاحب القليلِ، وصاحب الكثير سواء، ثم الشركة - فى الأصل - فى المقصود، والشركة - هاهنا - فى الحد.

قالوا: الشفعة إنما تثبت فى المشاع؛ لأن القسمة فيها تفضى إلى الجوار؛ ولهذا لا تثبت فيما لا تفضى القسمة فيه إلى الجوار؛ فلأن تثبت فى الجوار المتحقّق أَوْلَى.

قلنا: لو كان هذا صحيحًا، لوجب أن يقدمَ الجار على الشريك؛ لأنَّ جواره متحقّق وجوار الشريك متوهّم، ولأنه لو كان كما ذكروه، لوجب ألا تثبت الشفعة فيما لا يقسم.

قالوا: الشفعة إنما جعلت لدفع ضَرَر ما لا يحلُّ مما يكون من الناس على الناس، وهذا موجودٌ فى الجار.

قلنا: لا نسلم؛ بل الشفعة لما ذكرناه من الضرر الذى لا يتخلَّص منه إلا بالشفعة، وأمَّا ما لا يحلُّ فيمكن دفعه بالحاكم؛ فلا يحتاج إلى الشفعة، ثم يبطل ما قالوا

---

(١) تقدم .
(٢) تقدم .
(٣) تقدم .

بالجار المحاذى.

قالوا: نقل ملك يستحقُّ بنوع شركة؛ فاستحقَّ بغير الشركة؛ كالاستيلاد.

قلنا: يبطل بالعتق، ثم نَقْلُ الملكِ فى الاستيلاد ثبت من غير ملك، وهاهنا: لا يثبت من غير ملك؛ فدل على الفرق بينهما.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): ولا تجب إلا فيما تجب قسمته عند الطلب، فأما ما لا تجب قسمته؛ كالرحا، والبئر الصغيرة، والدار الصغيرة؛ فلا تثبت فيه الشفعة.

وقال أبو العباس: تثبت فيه الشفعة؛ لأنه عقار، فثبت فيه الشفعة؛ قياسًا على ما تجب قسمته، والمذهب الأول؛ لما روى عن أمير المؤمنين عثمان - رضى الله عنه - أنه قال: لا شفعة فى بئرٍ، والأرف تقطع كل شفعةٍ، ولأن الشفعة إنما تثبت للضرر الذى يلحقه بالمقاسمة، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم.

وأما الطريق المشترك فى درب مملوكٍ، ينظر فيه؛ فإن كان ضيقًا إذا قسم لم يصب كل واحدٍ منهم طريقًا يدخل فيه إلى ملكه؛ فلا شفعة فيه، وإن كان واسعًا؛ نظرت، فإن كان للدار المبيعة طريق آخر؛ وجبت الشفعة فى الطريق؛ لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة، ولا ضرر على أحدٍ فى أخذه بالشفعة، فأشبه غير الطريق.

وإن لم يكن للدار طريق غيره؛ ففيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: لا شفعة فيه؛ لأنا لو أثبتنا الشفعة فيه - أضررنا بالمشترى؛ لأنه يبقى ملكه بغير طريقٍ، والضرر لا يزال بالضرر.

والثانى: تثبت فيه الشفعة؛ لأنه أرض تحتمل القسمة، فتثبت فيها الشفعة؛ كغير الطريق.

والثالث: أنه إن مكن الشفيع المشترى من دخول الدار؛ ثبت له الشفعة، وإن لم يمكنه؛ فلا شفعة؛ لأنه مع التمكين يمكن دفع الضرر من غير إضرارٍ، ولا يمكن مع عدم التمكين إلا بالإضرار.

(الشرح) قوله فى الأثر: «والأرفُ تَقْطَعُ كُل شُفعة» هى: الحدود بين الأرضين، الواحدة أُرْفَةٌ، مثل غُرفَةٍ وغُرَفٍ. وقال عثمان رضى الله عنه: «أى مال أُرِّفَ عليه وقُسِّمَ فلا شفعة فيه»[1]. ويقال للأرفة أيضًا: أرثة - بالثاء - وجمعها:

---

(١) ينظر: غريب الحديث (٣/ ٤١٧)، والغريبين (١/ ٤٠)، والنهاية (١/ ٣٩).

أرث. يقال: أرفت الأرض تأريفًا: إذا قسمتها بين قوم أو بين شريكين فجعلت بينهم جُدُرًا وحدودًا، فتميز ما فرز لكل واحد منهم من نصيب صاحبه[١].

قوله: «درب»[٢] هى: بيوت مجتمعة يجمعها طريق واحد.

الأحكام: لا تجب الشفعة إلا فيما تجبُ قسمته عند الطلبِ: كالرحى التى يمكنُ فيها ثنتان وأربعة أحجار، أو فيها حجران ولها حضن يمكنُ قسمة ذلك، ويحصل الحجران فى أحد القسمَيْن، والبئر الكبيرة التى يمكن أن تجعل بئرين، والبئر الصغيرة إذا كان لها بياضٌ تبلغ قيمته قدر قيمة البئر، والحمام الكبير الذى يمكن أن يجعل حمامَيْن؛ فهذا كله يجب فيه الشفعة، وكذلك الدُّور، والحوانيت، وكل ما أمكن أن يقسم، فيصلح بعضه لما صلح جميعه؛ فهو ممَّا يجبر فيه على القسمة، وتجب فيه الشفعة، وإن احتيجَ فيه إلى تعديلِ السهام بالقيمة؛ لكون بعض الأجزاء أكثر قيمةً من بعض.

فأمَّا ما لا يجبُ قسمته: كالرحى الصغيرة التى لا يمكنُ أن تجعلَ رحاوَيْن، وإذا قسمت حصل أحد الحجرين فى قسم، والبئر الصغير التى لا يمكنُ أن تجعل بئرين، ولا بياض لها، والحمام الصغير الذى لا يمكن أن يجعل حمامَيْن، والدار الصغيرة، والحانوت الصغير الذى إذا قسم لا يصلُحُ بعضهِ لمَا صَلُحَ جميعه - فلا شفعة فيه، وهو إحدى الروايتَيْن عن مالك[٣].

وقال أبو العباس بن سريج: تثبت فيه الشفعة، وهو مذهبُ أبى حنيفة[٤].

---

(١) ينظر: الزاهر (٤٦).

(٢) ينظر النظم (٢/ ٢٩).

(٣) قال فى مواهب الجليل (٥/ ١٤٥): الحانوت يكون بين الشريكين، فيكرى أحدهما نصيبه شائعا فلا شفعة للآخر إذا كان لا يحتمل القسمة وكان يأخذ بالشفعة ليكرى، وإن كان يحتمل القسمة وأراد أن يأخذ بالشفعة ليجلس فيه للبيع، جاز، فإن كان يكريه ممن يجلس فيه معه لم يكن ذلك له. انتهى.

(٤) أما مذهب الحنابلة فقد جاء فى الإنصاف (٦/ ٢٥٦): قوله: (ولا شفعة فيما لا تجب قسمته: كالحمام الصغير، والبئر، والطرق، والعراص الضيقة، ولا ما ليس بعقار كالشجر، والحيوان، والبناء المفرد، وكالجوهرة، والسيف ونحوهما فى إحدى الروايتين) وأطلقهما فى الهداية، والمذهب والرعاية الكبرى، إحداهما: لا شفعة فيه. وهو الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. قال المصنف، والشارح: وهذا ظاهر المذهب. =

دليلنا: ما رُوِىَ عن عثمانَ -رضى الله عنه - أنّه قال: «لَا شُفْعَةَ فى بِئْرٍ وَلَا فَحْلٍ، وَالأُرَفُ - بضم الألف، وفتح الراء بلا نقطٍ، وضم الفاء -تَقْطَعُ كُلَّ شُفْعَةٍ»، والأرف: هى المعالمُ والحدود، يقال: أرفت إذا قسمت، ولا يعرف له مخالفٌ فى الصحابة.

ولأنَّ الشفعة إنما تثبت بالضرر الذى يلحقه بالمقاسمة، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم، ولأنا لو أثبتنا فيه الشفعة، لم يقدمْ أحد على شرائه؛ خوفًا من الشفيع؛ فيحتاج إلى أن يبيعه بدون الثمن.

قالوا: يخاف التأذِّى على الدوام؛ فثبتت فيه الشفعة؛ قياسًا على ما تجبُ قسمته.

قلنا: تبطل بالجار المحاذى، ثم فى الذى يحتمل القسمة يخاف الضرر بنقصانِ قيمة الملك بالقسمة ومئونة المرافق، وهذا لا يوجد فى هذا.

فصل: وأمَّا الطريق: فينظر فيه، فإن كان غير مملوك: كالشارع والذى فى الدرب النافذ؛ فلا شفعةَ فيه، ولا فى الدار؛ لأنَّه لا شركة لأَحَدٍ فى ذلك، وإن كان مملوكًا: كالطريق المشترك فى درب مملوك، وهو الطريقُ فى الدَّرْب الذى لا ينفذُ،

= قال فى الرعاية الكبرى: أظهرهما: لا شفعة فيه . قال فى المستوعب، والتلخيص، والبلغة، والفروع، والفائق، والحاوى الصغير: لا شفعة فيه فى أصح الروايتين . وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الخلاصة، والوجيز وغيرهما . وقدمه فى الكافى، والمحرر والرعاية الصغرى، وغيرهم . والرواية الثانية: فيه الشفعة . اختاره ابن عقيل، وأبو محمد الجوزى، والشيخ تقى الدين رحمه الله . قال الحارثى: وهو الحق . وعنه تجب فى كل مال حاشا منقولا لا ينقسم . قال فى الرعاية الكبرى: وقيل: تجب فى زرع وثمر مفرد . فعلى المذهب: يؤخذ البناء والغراس تبعا للأرض . كما تقدم . قال المصنف: قال الحارثى: لا خلاف فيهما على كلتا الروايتين . زاد فى الرعاية: مما يدخل تبعا: النهر والبئر، والقناة، والرحى والدولاب . فائدة: المراد بما ينقسم: ما تجب قسمته إجبارا . وفيه روايتان، إحداهما: ما ينتفع به مقسوما منفعته التى كانت، ولو على تضايق كجعل البيت بيتين . قال فى التلخيص: وهو الأظهر . قال الخرقى: وينتفعان به مقسوما . قال الحارثى: وإيراد المصنف هنا يقتضى التعويل على هذه الرواية، دون ما عداها؛ لأنه مثل ما لا تجب قسمته بالحمام والبئر الصغيرين، والطرق والعراص الضيقة . وكذلك أبو الخطاب فى كتابه . انتهى . قال الحارثى: وهو أشهر عن الإمام أحمد - رحمه الله - وأصح . جزم به فى العمدة فى باب القسمة . قال فى التلخيص: ويحتمل أن يكون أى منفعة كانت، ولو كانت بالسكنى . وهو ظاهر إطلاقه فى المجرد . انتهى . والرواية الثانية: ما ذكرنا، أو ألا تنقص القيمة بالقسمة نقصا بينا . نقله الميمونى . واعتبار النقص: هو ما مال إليه المصنف، وأبو الخطاب فى باب القسمة . وأطلقهما فى شرح الحارثى .

فإنه مملوكٌ لأهل الدرب. وإذا بيعت دارٌ فى الدرب، ملكها المشترى مع جُزْء من تلك الطريق، وهلْ تثبتُ الشفعة فى الطريق؟ ينظر فيه:

فإن كان ضيقًا إذا قسم على أهل الدربِ، لم يصب كلّ واحد منهم طريقا يدخل فيه إلى ملكه - فلا شفعة فيه.

وإن كان واسعًا بحيث يحصلُ لكلّ واحد من أهل الدرب - إذا قسم - طريقٌ يدخل منه إلى ملكه فى جملة أهل الدربِ - نظَرْت -:

فإن كان للدار المبيعة طريق آخر إلى موضع آخر، وأمكن أن يفتح لها باب آخر بأنْ يكون ظهرها إلى الشارعِ -وجبتِ الشفعةُ لأهْلِ الدربِ فى الطريقِ بحصَّته من الثمن؛ لأنَّه أرضٌ مشتركة تحتمل القِسمْة، ولا ضرر على أحد فى أَخْذه بالشفعة؛ فأشبه غير الطريق.

وإن لم يكن للدار المبيعة طريق غيره، ولم يمكن أن يفتح لها باب آخر - ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا شفعةَ فيه؛ لأنا لو أثبتنا الشفعة فيه، أضررنا بالمشترى؛ لأنه تبقى الدار فى ملكه بغير طريق، والضرر لا يزال بالضرر.

والثانى: تثبت فيه الشفعة؛ كغير الطريق.

والثالث: أنه إن أمكن الشفيع المشترى من دخول الدارِ من الطريقِ، ثبت له الشفعة، وإن لم يمكنه فلا شفعة؛ لأنه مع التمكين يمكنُ دَفْعُ الضرر من غير الضررِ، ولا يمكن مع عَدَمِ التمكينِ إلا بإضرارِ.

والصحيحُ هو: الأوَّل؛ لأنا إذا أثبتنا الشفعة فيه، امتنع المشترى من شرائها؛ فيضر ذلك بمالك الدار. وإذا أخذه الشفيع بالشفعة، ومكَّنه من الاستطراقِ - بطل المعنى الذى يقصده بالأخذ بالشفعة، ولا تثبت الشفعة فى الدار وجهًا واحدًا.

وحكى عن أبى العباس: أنه قال: تثبت - وليس بشىء؛ لأنَّ الدار لا شركة فيها؛ فلا تثبت فيها الشفعة بما دخل معها فى العقد؛ كالشقص إذا بيع مع السيف.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): وتثبت الشفعة فى الشقص المملوك بالبيع؛ لحديث جابرِ - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «فإن باعه، ولم يؤذنه، فهو أحق به» وتثبت فى كل عقدِ يملك الشقص فيه بعوضٍ؛ كالإجارة والنكاح، والخلع؛ لأنه عقد معاوضةٍ، فجاز أن

تثبت الشفعة في الشقص المملوك به؛ كالبيع.

(فصل): فأما فيما ملك فيه الشقص بغير عوضٍ؛ كالوصية، والهبة من غير عوضٍ؛ فلا تثبت فيه الشفعة؛ لأنه ملكه بغير بدلٍ، فلم تثبت فيه الشفعة؛ كما لو ملكه بالإرث، وإن باع من رجلٍ شقصًا، فعفا الشفيع فيه عن الشفعة، ثم رجع الشقص إليه بالإقالة؛ لم تثبت فيه الشفعة؛ لأنه لم يملكه بعوضٍ، وإنما انفسخ البيع، ورجع المبيع إلى ملكه بغير بدلٍ، فإن باعه شقصًا، فعفا الشفيع عن الشفعة، ثم ولاه رجلًا ثبتت فيه الشفعة؛ لأن التولية بيع برأس المال.

وإن قال لأم ولده: إن خدمت ورثتي شهرًا؛ فلك هذا الشقص، فخدمتهم؛ ملكت الشقص.

وهل تثبت فيه الشفعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه تثبت؛ لأنها ملكته ببدلٍ - هو الخدمة - فصار كالمملوك بالإجارة.

والثاني: لا تثبت فيه الشفعة؛ لأنه وصية في الحقيقة؛ لأنه يعتبر من الثلث، فلم تثبت فيه الشفعة؛ كسائر الوصايا، وإن دفع المكاتب إلى مولاه شقصًا عن نجمٍ عليه، ثم عجز ورق، فهل للشفيع في الشقص شفعة، أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا شفعة فيه؛ لأنه بالعجز صار ماله للمولى بحق الملك لا بالمعاوضة، وما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه.

والثاني: تثبت فيه (الشفعة) ؛ لأنه ملكه بعوضٍ، فثبت فيه الشفعة، فلا تسقط بالفسخ بعده.

(الشرح) «الشِّقْصَ»: النصيب والطائفة من الشيء.

الأحكام: تثبت الشفعة في الشقص المملوكِ بالبيع؛ لحديث جابر -رضي الله عنه - أنَّ النبي ﷺ قال: «وَإِنْ بَاعَهُ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ؛ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ».

وتثبت الشفعةُ في الشقصِ المملوكِ بالصلح، أو الشركةِ، أو التولية؛ لأن ذلك بيع.

فصل: وتثبت الشفعةُ في كلّ عقد يملك الشقص فيه بعوض: كالإجارة؛ إذا كان المعوض عنها شقصًا من دارٍ وغيرها، والنكاح؛ إذا كان الصداقُ فيه شقصًا من دار أو حانوتٍ أو غيرهما، والخلع، إذا كان على ذلك.

وقال أبو حنيفة: لا تثبت.

دليلنا: هو أنه عقد معاوضة؛ فجاز أن تثبت الشفعة فى الشقص المملوك من العقارِ به؛ كالبيع، ولأنَّ البُضْع ذو عوض مسمًّى، أو ذو عوض بمثل؛ فجاز أن تثبت فى الصداق؛ كالرد بالعيب.

قالوا: لم يملك بمال؛ فأشبه الهبة والإرث.

قلنا: لا نسلِّم الوصف فى الإجارة؛ لأن المنافع مال، ولأنَّ حكمه حكم المال؛ ألَا تَرَى أنَّه يضمن بالمسمَّى فى العقد الصحيح، وبالقيمة فى الفاسد، ويثبت فيه الردّ بالعيب؛ بخلاف الهبة والإرث.

قالوا: لو أثبتنا الشفعة فى الصداق قوَّمنا البضع على الشفيع، والبضع لا يقوَّم إلا على زوج، أو له شبهة الزوجيَّة.

قلنا: الثوب لا يقومُ إلا على متلف أو صاحب يد، ثم إذا ملك به شقص، قوّم على الشفيع، ولأنَّ الثمن لا يستحقُّ إلا على مشترٍ، ثم يستحقُّ على الشفيع لدفع الضرر، وعلى أنه لا يقومُ على غير زوج ابتداءً، وهاهنا - يقومُ عليه ثانيًا، وذلك لا يمتنع؛ ولهذا نقول: لا يطالب غير الزوج بالمهر ابتداءً، ثم يطالب به الضامن ثانيًا؛ كذلك هاهنا.

فصل: وتثبت الشفعة فى الشقصِ المملوكِ بالهبة بشَرْط العوض، سواءٌ تقابضا أو لم يتقابضا.

وقال أبو حنيفة: لا تثبت حتى يتقابَضَا.

دليلنا: هو أنه ملكه بعوض؛ فلم يفتقرْ إلى القبض فى حصولِ الملكِ؛ كالشفيع.

قالوا: الهبة لا تلزمُ إلا بالقبض؛ فكانَ كبَيْع الخيار.

قلنا: العوضُ يصرفها عن مقتضاها، وتصير عبارة عن البيع.

فصل: فأما فيما ملك الشقص فيه بغير عوض؛ كالميراث والوصيَّة والهبة من غير عوضٍ: كهبة الأعلى الأدنى، وهبة النظير للنظير - فلا تثبت فيه الشفعة.

وحكى عن مالك: أنه قال: تثبت فى الهبة.

دليلنا: هو أنه ملكه بغير بدل؛ فلم تثبت فيه الشفعة؛ كما لو ملكه بالإرث.

قالوا: ملكه باختياره؛ فوجَبَ تعلُّق الشفعة به؛ كالبيع.

قلنا: فى البيع يأخذه بمثل الثمن، وهاهنا - ليس له ثمن؛ فأشبه الإرثَ.

وإن كانتْ هبة الأدنى للأعلى، قلنا: إنها تقتضى الثواب - ثبت للشفيع فيه

الشفعة؛ كما لو شرط الثواب.

وإن قلنا: لا تقتضى الثواب، لم تثبت الشفعة، وإن أثابه الموهوب له.

وحكى عن ابن أبى ليلى أنه قال: تثبت فيه الشفعة بقيمة الشقص، وهو إحدى الروايتَيْن عن مالك.

والدليل عليه: ما تقدَّم.

قالوا: الشفعة تثبت لإزالةِ الضررِ بالاِشتراكِ، وذلك موجودٌ فى الهبة.

قلنا: الضرر لا يُزال بالضرر، وفى أخذ الهبة ضرر؛ لأنه لا عوض فيها، فإذا أخذها بغير عوض أبْطَلَ غرض الواهب والموهوب.

فصل: وإن باع من رجل شقصًا، فعفا الشفيع فيه عن الشفعة، ثم تقايل البائع والمشترى - لم تثبت الشفعة برجوعه إلى البائعِ بالإقالة؛ لأنه لم يملكْهُ بعوض، وإنما انفسخ البيع فيه ورجع المبيع إلى ملكه بغيرَ بدَلٍ، وإن باعه شقصًا، وعفا الشفيع عن الشفعة، ثم اشتراه البائع من المشترى، أو ولاه، أو ولَّى رجلًا آخر - ثبتت فيه الشفعة؛ لأن التولية بيعٌ برأس المال.

فصل: وإن شجَّ رجلًا موضحة عمدًا، ثم صالحه منها على شقص، أو كان خطأ، فصولح عن عاقلتهِ - نظَرْت -:

فإن كانتِ الإبل موجودةً وعرفا سن الإبل والعدد، ففى صحة الصلح قولان.

وإن أعوزتِ الإبلُ: فإنْ قلنا: ينتقل إلى بدل مقدر، وهو خمسون دينارًا، أو ستمائة درهم نصف عشر الدية، وعرفا ذلك - فالصلح صحيحٌ، وهكذا - إن قلنا: ينتقل إلى قيمة الإبل، وعرفا السن والعدد -فالصلح صحيحٌ، وإن لم يعرفا ذلك أو لم يعرفه أحدهما - لم يصحّ الصلح.

وكل موضع قلنا: يصح الصلح - ثبتت للشفيع الشفعة بما ملكه المجنى عليه من البدل المقدر أو القيمة.

فصل: وإن قال لأمّ ولده: إن خدمت ورثتى شهرًا؛ فلكِ هذا الشقص، فخدمتهم شهرًا -ملكَتِ الشقص، وهل تثبت فيه الشفعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنها تثبتُ؛ لأنها ملكته ببدلٍ، وهو الخدمة؛ فصار كالمملوك فى الإجارة.

والثانى: لا تثبت فيه الشفعة؛ لأنه وصيَّة فى الحقيقة؛ لأنها تعتبر من الثلث؛ فلم

تثبت فيه الشفعة؛ كسائر الوصايا.

فصل: وإن دفع المكاتب إلى مولاه شقصًا عن نجم عليه مِنْ نجوم الكتابة، ثم عجز، ورَقَّ: فهل للشفيع فى الشقص شفعةٌ أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا شفعة فيه؛ لأنَّ بالعجز صار ماله للمولَى بحقِّ الملك، لا بالمعاوضة، وما ملك بغير المعاوضة لا شُفْعَةَ فيه.

والثانى: تثبتُ فيه الشفعة؛ لأنه ملكه بعوض، وهو النجم من نجوم الكتابةِ؛ فثبت فيه الشفعة؛ فلا تسقط بالفسخ بعده.

فصل: وإن اشترى المكاتب شقصًا، ثم بيع فى شركته شقص - ثبت له فيه الشفعة، فإن عفا عن الشفعة فيه، لم يكنْ لمولاه أخذه بالشفعة؛ لأنه لا يملك المال الذى فى يد المكاتب، وإن عفا المولى عن الشفعة، لم يصحَّ العفو؛ لما مضَى.

وإن اشترى العبد المأذون له فى التجارة شقصًا، ثم بيع فى شركته شقص - كان له أخذه بالشفعة؛ لأن ذلك من التجارة، فإن عفا عن الشفعة كان لمولاه أن يأخذه بالشفعة؛ لأن ذلك حقّ له؛ فلا يسقط بإسقاط العبد؛ كالوكيل إذا ترك الشفعة؛ فإنها لا تسقط بإسقاطه.

وإن عفا المولى عنها، لم يكن للمأذون أخذها بالشفعة، سواء كان عليه ديون أو لم يكن؛ لأنه منعه من التصرُّف، وعفوه عن الشفعة منع له من التصرُّف فيها بالأخذ.

وإن بيع فى شركة المفلس شقص، فأراد أن يأخذه بالشفعة فى ذمَّته، ورضى المشترى بذلك -كان له أخذه؛ لأنه لا ضرر فيه على الغرماءِ. وإن أراد أنْ يأخذه بالمالِ الذى فى يده، لم يكنْ له ذلك؛ لأنه محجور عليه فى ذلك المالِ.

وإن عفا عن الشفعة، لم يكنْ للغرماء أخذها. وإن عفا الغرماء عن الشفعة، لم يسقطْ حقُّه منها؛ لأنه لا حق لهم فيها.

فصل: العاملُ فى المضاربة إذا بيعَ فى شركة مالِ المضاربةِ شقص، كان له الأخذ، فإنْ لم يأخذ كان لربِّ المال الأخذ؛ لأن ما اشترى بمال المضاربة يملكه.

وإن دفع لرجل ألف درهم قراضًا، واشترى به شقصًا قيمته ألف درهم فى شركة ربِّ المال -ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه تثبت فيه الشفعة لربِّ المال، فإذا أخذه، انفسخ القراض؛ لأنه إذا لم يحصلْ ربح فى المال، كان جميعه لربِّ المال؛ فله أن يأخذه على أى وجه شاء.

والثاني: تثبت فيه الشفعة، فإذا أخذه لم ينفسخْ به القراض؛ بل يدفع إليه الثمن، ثم هو بالخيار بين أن يقره على القراض، وبين أن يفسخه؛ لأنه يملكُ استرجاع المال إذا كان ناضًا، ولا يملك استرجاعه إذا كان عرضًا.

والثالث - وهو الأشبه بالمذهب -: أنه ليس له الأخذ بالشفعة من المضارب.

وقال أبو حنيفة: له ذلك.

دليلنا: هو أن الملك له؛ فلا يأخذه بالشفعة؛ كما لو اشتراه وكيلَهُ، ولأنه لو باع، لم يأخذْهُ منه ربُّ المال بالشفعة؛ فإذا اشترى، لم يأخذ.

قالوا: له حقٌّ فى المال؛ فأشبه المكاتب.

قلنا: المكاتب يتصرَّف لنفسه؛ ولهذا لا يملك نزع المال من يدِهِ، وهذا يتصرَّف لربِّ المال؛ فهو كالوكيل؛ فعلى هذا: إن باع العامل الشقص لأجنبِّى؛ فهل يستحقُّ ربُّ المال الشفعة فيه أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يستحقُّ؛ لأن المعاملة حصلَتْ مع غيره.

والثاني: لا يستحقُّ؛ لأن البيع له، ومن بيع له شقص، لا يستحق أخذه بالشفعة.

وإن اشترى العامل بالألف شقصًا قيمته ألف درهم فى شركة نفسه، ففيه وجهان:

أحدهما: أن للعامل أن يأخذه من ربِّ المال بالشفعة؛ وبه قال أبو حنيفة.

والثاني: أنه ليس له ذلك؛ لأنه يتصرف له؛ فأشبه الوكيل.

قالوا: للعاملَ حقٌّ؛ فأشبه الأجنبى.

قلنا: المستأجر والمؤتمنُ لهما حقٌّ، ولا يملكان بذلك الشفعة.

وإن كانتْ قيمته أكثرَ من ألف؛ فإن قلنا: إنه يملك بالظهور، فعلى نحو ما مضَى فى ربِّ المال.

فصل: دار بين ثلاثة: نصفها لواحد، ولكل واحد من الآخرين ربعها، فدفع أحد هذَيْن للآخر ألف درهم قراضًا، فاشترى العامل نصف النصف الذى لصاحب النصف، وهو ربع جميعِ الدار - لم تثبتْ فيه الشفعة؛ لأن البائع لا شفعَةَ له فيما باع، وربُّ المال والعاملُ بمنزلة الشريكَيْن فى المتاعِ؛ فلا يستحقُّ أحدهما على الآخر فى ذلك الشفعة؛ لما ذكرناه مع أبى حنيفة.

فإن باع صاحب النصفِ الربعَ الذى كان بقى له مِنْ أجنبى - استحقّتِ الشفعة فيه أثلاثًا: ثلثه بالربع الذى لربِّ المال، وثلثه بالربع الذى للعامل، وثُلُثُهُ بالربع الذى

لمال المضاربة بمنزلة شريك آخر؛ لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما.

فصل: وإذا اشترى المَوْلى عليه - لصغر أو جنونٍ أو حجرٍ - شقصًا، وجبتْ فيه الشفعة؛ لأن المعنى الذى لأجله تثبتُ الشفعة موجودٌ، وهو ما يخافِ منْ سوء المشاركة ومؤنة المقاسمة؛ فتعلّق الحكم به.

فإن كان الشريكُ هو الوصى؛ فهل له الشفعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له؛ لأنه يلزم الصبى العهدةُ.

والثانى: يأخذه؛ لأنه لا تهمة فيه.

قال أبو العباس بن سريج: لا يأخذ الشفعة للحمل؛ لأنه لا يتحقّق ملكه.

وإن بيع فى شركة المولى عليه شقص، وجبت له الشفعة؛ خلافًا لابن أبى ليلى؛ لما ذكرناه فى الحجر، ويكون النظر فى أخذه وتركه إلى ولّيه، خلافًا للأوزاعى؛ لما ذكرناه فى الحجر.

وإن كان وليًّا على أيتامٍ؛ فباع لأحدهم نصيبًا فى شركة الآخرين - كان له أن يأخذه بالشفعة للآخرين.

وإن كان بين الولى واليتيم دارٌ، فباع نصيب اليتيم لحاجتِهِ إليه: فهل له أن يأخذه بالشُّفْعة من المشترى؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لأنه لا يملكُ أن يشتريَهُ لنفسه؛ فلا يملك أن يأخذه بالشفعة.

والثانى: له ذلك؛ لأنه يأخذه بعقد آخر؛ فأشبه إذا باعه، ثم اشتراه من المشترِى.

فإن كان الولى أبًا أو جَدًّا، جاز له أخذه بالشفعة وجهًا واحدًا؛ لأنه يملك أن يشتريه لنفسه؛ فكان له أخذه بالشفعة مِنَ المشترى.

فصل: وإنْ كان بين شريكَيْن دار، فعرض أحدهما نصيبَهُ على الآخر، فقال: لا حاجة لى فيه، وقد أسقطْتُ شفاعتى منه، ثم باعه الشريك -كان للشريكِ أخذه بالشفعة؛ لأن الشفعة تجبُ بعد تمام البيعِ، فإذا أسقطها قبل البيعِ كان إسقاطا قبل الوجوب؛ فلا يؤثّر فى إسقاطها؛ كما لو أوصى بأكثَرَ من الثلث؛ فأجاز الوارثُ الزيادةَ قبل موتِ الموصِي.

وإن باع شقصًا، وضمن الشفيع الثمن عن المشترى للبائع، أو ضمن العهدة للمشترِى - لم تبطلْ شفعته بذلك، خلافًا لما حكى عن أبى حنيفة؛ لأنه معنًى سبق

وجوب الشفعة؛ فلم يُسْقطِ الشفعة؛ كما لو أذن الشفيعُ للمشترى فى الشرى أو أبرأه من الشفعة قبل البيعِ.

وصورة هذه المسألة: أن يقول البائع للمشترى: بعتك هذا الشقص بألْفٍ على أن يضمنه لى فلان، وهو حاضر؛ فيقول: اشتريت، ويقول الشفيع: ضمنتُ وأخذته بالشفعة؛ لأنَّ تمام العقد بحصولِ الإيجابِ والقَبُولِ والضمان؛ لأنه شرطه فيه، وفى ضمان العهدة أن يقولَ المشترى: بعنى بكذا على أن يضمن لى فلان العهدة؛ فيقول: بعتك، ويقول الشفيع: ضمنت، وأخذته بالشفعة. ومعناه: ما تقَّدم.

وإن توكل الشريك فى بيع الشقصِ، لم تسقطْ شفعته بذلك.

وقال أبو العباس بن سريج، وأبو بكر بن الحَدَّاد: تسقط؛ لأنه لو أراد أنْ يشتريَهُ من نفسه، لم يكنْ له ذلك؛ فكذلك لا يكون له أخذه بالشفعة.

والصحيحُ هو: الأوَّل؛ لأنه ليس فى توليه أكثر من إظهار الرضا بذلك.

ولو قال: رضيتُ بالبيع، وأسقطتُ شفاعتى، ثم عقد البيع - لم يسقط حقُّه من الشفعة؛ فكذلك هاهنا. وإن توكل للمشترى فى الشرى، لم تسقطْ شفعته.

وحكى عن أبى حنيفة: أنها تسقط، وبنى ذلك على أصله أنَّ الوكيَل يملك؛ فلا يستحقُّ الشفعة على نفسه، وهذا غير مسلَّم؛ لأنه لا يثبت [المبيع] عندهم فى ملك الوكيل؛ وإنما يستقل إلى الموكّل؛ فليس يأخذ من نفسه.

ودليلنا: هو أنه وكيل فى أحد طرفى البيع؛ فلم تسقط شفعته؛ كما لو توكل للبائع.

وصورة ذلك: أن يقول الموكِّل: بعتك هذا الشقص بألفٍ، فإذا قبل المبتاع - قال: أخذته بالشفعة، وفى الآخر: أن يقول للبائع: بعنى لموكّلى بكذا؛ فيقول: بعتك؛ فيختار الشفعة عقيبه؛ لأن اختياره حصَلَ بعد تمام البيعِ فى الموضعَيْن.

وإن كان بين رجلَيْن دارٌ لكل واحد منهما نصفها، فوكل أحدهما الآخر فى بَيْع نِصْفِ نصيبه، وهو الربع، وقال له: إنِ اخترت أن تبيعَ مِنْ نصيبك شيئًا معه، فافعَلْ، فباع نصف الدار صفقةً واحدةً بثمن واحدٍ ربعها عن الموكل، وربعها عن نفسه -صَحَّ؛ لأن المبيع معلومٌ، وحصة كل واحد منهما من الثمن معلومة، وللموكّل أن يأخذ حصة الوكيل بالشفعة؛ لأنه لم يوجدْ منه أكثر من الإذْنِ فى البيع والرضا به، وقد ثبت أن الشفعة لا تسقطُ بذلك. وهل للوكيلِ أن يأخذ حصةَ الموكّل

بالشفعة أم لا؟ هو على الوجهين اللَّذَيْن تقدَّم ذكرهما.

فصل: إذا اشترى رجلٌ شقصًا من دار أو أرضٍ، ثم مات المشترى وعليه دين يستغرق تركتَهُ، ثم باع بائع الشقص شقصًا آخر من الدار أو الأرض، أو باع غيرِهِ ممَّنْ له فيه شركة مِنْ رجل - كان لوارث الميت أن يأخذه بالشفعة بالشقص الذى ورثه؛ لأن على المذهب: الدار ملكُهُ بالموت. وإن كان الدَّيْن مستغرقًا جميع التركة، فكان له أخذه بالشفعة.

وإن مات رجلٌ وله دار، وعليه دَيْن يحيطُ بربع الدار، فبيع ربع الدار فى الدَّيْن - لم يكنْ للوارث أخذه بالشفعة.

وإن كان ما بقى من الدار له، وهو ثلاثة أرباعها - قال أبو بكر بن الحَدَّاد: ووجهه أن الوارث قائمٌ مقام الموروث ولو باع الموروث، ربعها، لم يكنْ له أخذه بالشفعة بما بقى منها؛ فكذلك الوارث.

وإن مات، وله ربعها، وللوارث ثلاثة أرباعها، وعلى الميت دين يحيطُ بالربع، فبيع فى دينه: قال أبو بكر: كان للوارثِ أنْ يأخذه بالشفعةِ.

ومن أصحابنا من قال: ليس له أن يأخذه بالشفعة؛ لأنَّ الربع انتقَلَ إليه بموته؛ لأن الدين لا يمنع انتقال الملك إلى الوارث، ومَنْ بيع عليه ملكه لا تثبتُ له فيه الشفعة؛ ألَا ترَى أنَّ الحاكم إذا باع على غائب رُبُعَ دار له بدَيْن ثبت عليه، فقدم - لم يكنْ له أخذه من المشترى بالشفعة؛ لأنه مبيع عليه؛ فكذلك الوارث.

ووجه ما قاله ابن الحداد: هو أن جميع هذا الربع يستحقُّ على الميت بدين ثبت فى حال حياته، فإذا بيع عليه بذلك الدين؛ فكأنه بيع عليه فى حَالِ حياته؛ فاستحقَّ الشفعة بملكه الذى كان له فى حال حياته.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل): وإن بيع شقص فى شركة الوقف؛ فإن قلنا: إن الموقوف عليه لا يملك الوقف؛ لم تجب فيه الشفعة؛ لأنه لا ملك له.

وإن قلنا: إنه يملك؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يأخذ بالشفعة؛ لأنه يلحقه الضرر فى ماله، من جهة الشريك، فأشبه مالك الطلق.

والثانى: لا يأخذه؛ لأن ملكه غير تام، بدليل أنه لا يملك التصرف فيه، فلا يملك

به ملكًا تامًا.

(فصل): وإن اشترى شقصًا، وشرط الخيار فيه للبائع؛ لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار؛ لأنه فى أحد الأقوال: لا يملك الشقص، وفى القول الثانى: ملكه موقوف، فلا يعلم: هل يملك، أم لا؟ وفى القول الثالث: يملكه ملكًا غير تام؛ لأن للبائع أن يفسخه، ولأنه إذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع؛ لأنه يسقط حقه من الفسخ، والضرر لا يزال بالضرر.

وإن شرط الخيار للمشترى وحده؛ فإن قلنا: إنه لا يملك، أو قلنا: إنه موقوف؛ لم يأخذ؛ لما ذكرناه فى خيار البائع.

وإن قلنا: إنه يملكه؛ ففيه قولان:

أحدهما: لا يأخذه؛ لأنه بيع فيه خيار، فلا يأخذ به، كما لو كان الخيار للبائع.

والثانى: يأخذه - وهو الصحيح - لأنه لا حق فيه لغير المشترى، والشفيع يملك إسقاط حقه، ولهذا يملك إسقاط حقه بعد لزوم البيع، واستقرار الملك، فلأن يملك قبل لزومه، أولى.

(الشرح) قوله: «فأشبه مالِكَ الطلْقِ» بكسر الطاء، وهو ضد الوقف؛ لأن الموقوف: المحبوس، والمطلق ضده.

الأحكام: إنْ بِيعَ شقصٌ فى شركة الوقفِ بأنْ كان نصف الدار وقفًا، ونصفها طلقا، فبيع الطلق:

فإن قلنا: إن الموقوف عليه لا يملكُ الوقف، لم تجبْ فيه الشفعة؛ لأنه لا ملكَ له.

وإن قلنا: إنه يملك الوقف، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يأخذه بالشفعة؛ لأنه يلحقه الضرر فى ماله مِنْ جهة الشريك؛ فأشْبَهَ مالك الطلق.

والثانى: أنه لا يأخذه؛ لأنَّ ملكه غير تامٌ؛ بدليل أنه لا يملك التصرُّف فيه بالبيعِ والهبةِ وغير ذلك؛ فلا يملك به ملكا تامًّا.

فصل: وإنِ اشترى شقصًا، وشرط فيه الخيار لهما، أو للبائع وحده - لم يكنْ للشفيع أن يأخذه قبلَ انقضاءِ الخيارِ؛ لأنه فى أحد الأقوالِ لا يملكُ المشترى الشقصَ، وفى القول الثانى: ملكه موقوفا، ولا يعلم هَلْ يملكه أم لا؟ وفى القول

الثالث: يملك ملكًا غير تامٍّ؛ لأن للبائع أن يفسخه، ولأنه إذا أخذه بالشفعة أضرَّ بالبائع؛ لأنه يسقط حقه من الفسخ، والضرر لا يزالُ بالضرر.

وإن كان شرَطَ الخيار فيه للمشترى وحده:

فإن قلنا: إنه لا يملكه، أو قلنا: إنه موقوف - لم يأخذه الشفيع قبل انقضاءِ الخيار، وبه قال مالك وأحمد، وهو اختيار أبى إسحاق المروزى؛ لأنَّه بيع فيه خيار؛ فلا يأخذه فيه قبل انقضائه؛ كما لو كان الخيار للبائع.

وإن قلنا: إنه يملكه، ففيه قولان:

أحدهما: لا يأخذه؛ لأنه بيع فيه خيار؛ فلا يأخذ به؛ كما لو كان الخيار للبائع.

والثانى: أن للشفيع أن يأخذه بالشفعة قبل انقضاءِ الخيارِ، وبه قال أبو حنيفة، وهو الصحيح؛ لأنه لا حَقَّ فيه لغير المشترى، والشفيع يملك إسقاطَ حقِّ المشترى؛ ولذا يملك إسقاطَ حقِّه بعد لزومِ البيعِ، واستقرار الملك؛ فلأن يملكه قبل لزومِهِ واستقرارِهِ أَوْلَى، ولا يقال: فيه إبطال غرض المشترى من الردِّ؛ لأن غرضه فى الفسخ رجوع الثمن إليه؛ وذلك يحصل من الشفيع؛ فهو كالرد بالعيب.

فصل: إذا باع أحد الشريكَيْنِ نصيبه من الدار بشرط الخيارِ، ثم باع الآخر نصيبه منها بغير خيار - لم تكنْ للبائع الثانى الشفعة فى النِّصْفِ الأوَّل، سواءٌ علم بالبيع حين بَاَع نصيبه، أو لم يعلَمْ؛ لأن ملكه زالَ، ولا شفعة للمشترى منه فيه؛ لأنه ملكه بعد البيع الأوَّل، وثبتت الشفعة فى النصف الثانى. وهل تثبت للبائع الأوَّل أو للمشترى منه؟ ينبنى على الأقوال فى انتقال الملك:

فإن قلنا: إنه ينتقل بالعقد، وانقضاء الخيار - كانت الشفعة للبائع؛ لأنه هو المالك للنصيب حالَ وجوبِ الشفعة.

وإن قلنا: إنَّ المشترى يملك بنفس العقد، كانت الشفعة له دون البائع؛ لأن الملك له.

وإن قلنا: إنه موقوفٌ مراعى: فإن فسخ العقد؛ كان للبائع، وإن أمضى العقد؛ كان للمشترى.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل): وتثبت الشفعة للكافر على المسلم؛ لحديث جابرٍ - رضى الله عنه - «لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه، فإن باعه ولم يؤذنه؛ فهو أحق به»، ولم يفرق،

ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال، فاستوى فيه الكافر والمسلم؛ كالرد بالعيب.

(فصل): ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض؛ لأنه إذا أخذه، ولم يقدر على العوض أضر بالمشترى، والضرر لا يزال بالضرر.

فإن أحضر رهنًا، أو ضمينًا، أو عوضًا عن الثمن؛ لم يلزم قبوله؛ لأن ما استحق أخذه بالعوض، لم يلزم قبول الرهن، والضمين، والعوض فيه؛ كالمبيع فى يد البائع.

(الشرح) **الأحكام**: تثبت الشفعةُ للمسلم على الكافرِ بلا خلافٍ، وتثبت الشفعة للكافر على المسلم: مِثْلُ أن يبيع أحد الشريكَيْنِ الذميَّيْن نصيبه لمسلم؛ فإنَّ للشريك الآخر أن يأخذَهُ بالشفعة من المسلم، وبه قال مالك[1] وأبو حنيفة.

وقال أحمد[2]: لا تثبت له الشفعة على المسلم، وبه قال الشعبى، والحسن بن صالح بن حى.

دليلنا: حديثُ جابر -رضى الله عنه-: «لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، وَإِنْ بَاعَهُ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ؛ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»، ولم يفرق، ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال؛ فاشترك فيه المسلم والكافر؛ كالردِّ بالعيب.

---

(١) قال فى حاشية الصاوى (٣/ ٦٣١): واعلم أن صور المسألة ثمان؛ لأن الشريك والبائع إما مسلمان أو كافران، أو الشريك مسلم والبائع كافر، أو العكس، وفى كل من الأربع: المشترى إما مسلم أو كافر؛ فمهما كان الشفيع مسلما فالشفعة اتفاقا، وإن كان الشفيع كافرا والمشترى مسلما فمحل الخلاف، وإن كان الجميع ذميين فلا نحكم بينهم بالشفعة إلا إذا ترافعوا إلينا . فإذا علمت ذلك فالمناسب فى الرد على المخالف أن يقول فى الحل: ولو كان الشريك المستحق ذميا باع شريكه المسلم أو الذمى نصيبه لمسلم .

(٢) قال فى الإنصاف (٦/ ٣١٢): قوله (ولا شفعة لكافر على مسلم) نص عليه من وجوه كثيرة، وهو المذهب . ، وعليه الأصحاب، وهو من مفردات المذهب . وقيل: له الشفعة . ذكره ناظم المفردات . تنبيه: مفهوم كلام المصنف: ثبوت الشفعة لكافر على كافر، وسواء كان البائع مسلما أو كافرا . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى، والشرح، والزركشى، وغيرهم . وقدمه فى الفروع، وشرح الحارثى وغيرهما . قال فى التلخيص: هذا قياس المذهب . وقيل: لا شفعة له إذا كان البائع مسلما . وهو ظاهر كلام أبى الخطاب فى الهداية . وأطلقهما فى التلخيص، والرعاية . ومفهوم كلامه أيضا: ثبوتها للمسلم على الكافر . وهو من باب أولى .

قالوا: روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لَا شُفْعَةَ لِذِمِّى عَلَى مُسْلِمٍ»(١).

قلنا: الخبر غير معروف، ثم نحمله عليه إذا سكَتَ عن الطلب، ثم ادعى أنه لم يعلم أنها على الفور مع كونِه نشأ بين المسلمين، وتكون فائدته ألَّا يصدق فيما يدَّعيه من عدم معرفة بأحكام المسلمين.

قالوا: الذمى لا يملك بالإحياءِ فى دارِ الإسلامِ؛ فكذلك بالشفعة على المسلمِ.

قلنا: إنما لم يملكْ بالإحياء؛ لأنَّ الإحياء يملكه أهلُ الدارِ، والذمى ليس من أهل الدار، وهاهنا: تثبت الشفعة بالشركة، وهو شريك، ولأن فى الإحياء تفويتَ أصلٍ على المسلمينَ بغَيْر عوض، وهاهنا بخلافه.

فصل: وإنْ كانتِ الدارُ بين ذميَّيْنِ، فباع أحدهما نصيبه مِنْ ذمى آخر -نظرْت-:

فإن باعه بثمنٍ يحلُّ البيع به، كان للشفيع أن يأخذه بالشفعةِ بكلِّ حال؛ لأنه خيار ثبت لدفع الضرر عن المالِ؛ فاستوى فيه المسلمُ والذمِّى؛ كخيار الرد بالعيبِ.

وإن باعه بخمر أو خنزيرٍ، ثم ترافعا إلينا:

فإنْ كان ذلك بعد التقابُضِ وأخذ الشفيع بذلك - لم يفسخْ عليهم، ولم يعترضوا فيه؛ كما لو تبايعوا بالربا، وتقابضوا، ثم ترافعوا إلينا؛ فإنه لا يعترضُ لهم فيه.

وإن كان بعد أن تقابض المتبايعان، وقبل أنْ يأخُذَ الشفيع بالشفعة - لم يحكم بالشفعة؛ لأن الشفيع إنما يأخذ بمثل ما اشتراه المشترِى، ولا يمكنُ إيجاب ذلك

---

(١) أخرجه ابن عدى فى الكامل (٧/ ٥٦) فى ترجمة نائل بن نجيح
ومن طريقه ابن الجوزى فى العلل المتناهية (٢/ ٥٩٩، ٦٠٠)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٠٨) عن القاسم بن زكريا عن حفص الربالى عن نائل بن نجيح عن سفيان عن حميد عن أنس عن النبى ﷺ قال: «لا شفعة لنصرانى»
قال ابن عدى فى الكامل بعد أن ساق جملة من أحاديث صاحب الترجمة: - ولنائل غير ما ذكرت وأحاديثه مظلمة وخاصة إن روى عن الثورى وفى رواية ابن الجوزى فى العلل قال: مرة رفعه ومرة لم يرفعه ثم قال أخبرنا القزاز قال أنا أحمد بن على أنا البرقانى قال أنا الدارقطنى وسئل عن حديث نائل بن نجيح عن الثورى عن حميد عن أنس عن النبى ﷺ فهو وهم والصواب عن حميد الطويل عن الحسن من قوله، قال الحسن نائل البغدادى قال البرقانى ثقة؟ قال لا قال الخطيب روى حديث الشفعة محمد بن يوسف الفريابى ومحمد بن كثير العبدى ووكيع وأبو حذيفة عن سفيان عن حميد عن الحسن قوله وهو الصحيح .
وقال الهيثمى فى المجمع (٤/ ١٦٢): رواه الطبرانى فى الصغير وفيه نائل بن نجيح وثقه أبو حاتم وضعفه غيره .

هاهنا؛ فبطلَتِ الشفعةُ.

وإن كان قبل أن يتقابض المتبايعان، وقَبْلَ أن يأخذ الشفيعُ بالشفعة - حكم ببطلان البيعِ والشفعةِ؛ لأنه لا يمكنُ إيجابُ التسليم فى شىء من ذلك.

فصل: وإن اشترى ذمى من ذمى شقصًا بخمر، أَو خنزير فى شركة مسلم، كان البيع باطلًا، ولا شفعة فيه للمسلم.

وقال أبو حنيفة: الشراء صحيحٌ، وتثبت للمسلم فيه الشفعة بقيمة الخمر والخنزير.

دليلنا: ما تقدَّم فيه فى غير موضع، وهو أن الشرى بالخمر والخنزيرِ محرَّمٌ عليهم؛ لأنَّ النهى والتحريم عامٌّ فى الشريعة، ولأنه ثمن بخس العَيْن؛ فأشبَهَ البول، ولأنه مبيعٌ بخمر أو خنزير؛ فلم يصحَّ؛ كما لو كانا مسلمين.

قالوا: هو مالٌ فى حقِّ أهل الذمة، دون المسلمين؛ فهو كسائر أموالهم.

قلنا: ليس بمالٍ فى حقِّهم؛ فإنَّ التحريم عامٌّ فى حق الجميع؛ يَدُلُّ عليه: أنهم يعاقبون فى الآخرة بشرب الخَمْر، وأَكَلِ الخنزير.

فصل: ولا يأخذ الشفعة مَنْ لا يقدر على العوضِ؛ لأنه إذا أخذه ولم يدفَع العوضَ، أضرَّ بالمشترى، والضرر لا يزال بالضرر. وإنْ أحضرَ رهنًا أو ضمينًا أَو عوضًا عن الثمن، لم يلزمِ المشترىَ قبولُهُ؛ لأنَّ ما استحقَّ أخذه بالعوض، لم يلزمْ قبول الرهن والضمين والعوض؛ فهو كالمبيع فى يد البائعِ إذا عرض المشترى عليه ذلك، ولم يحضر الثمن؛ فإنه لا يلزمه قبولُهُ.

وإن كان للشفيع على المشترى دَيْنٌ مؤجَّلٌ، فقال: اصبرْ علىَّ حتى يحلَّ، أقاصصك - لم يلزمْهُ قبولُ ذلك.

وإن كان عليه دَيْنٌ حالٌّ، وسأله أن يجعل ذلك قصاصًا عن الثمن -نظَرْت -:

فإن كان من غير جنس ثمنِ الشقصِ، لم يلزمه قبوله؛ لما ذكرناه.

وإن كان من جنس ثمنِ الشقصِ، وصفًا وقدرًا - ففيه قولان:

أحدهما: أنه يتساقطان قصاصًا.

والثانى: أنه لا يقعُ قصاصًا إلا باختيارٍ، وفيه قولان:

أحدهما: يكون ذلك باختيارهما جميعًا.

والثانى: يكون باختيارِ أحدهما، فإذا وجد، جعل ذلك قصاصًا.

قال فى الإيضاح: وقيل: لا يجىء شىء من ذلك؛ بل يقال للشفيع: لا نحكم لك إلا بإحضار الثمنِ، وأنتَ على مطالبتِكَ بمالكَ على المشترى من الحقّ؛ لأن المشترى لم يثبُتْ له حقٌ قبل الشفيعِ حتى يكون بإزاء دَيْنه، وإنما يملكُ الشفيعُ انتزاعَ الشقص بإحضار الثمن، وهو لم يحضره.

قال فى الإيضاح: ولو وجبتْ لرجل على رجلٍ شفعةٌ، ولصاحبه عليه مثلُهَا - حكم للأسبق منهما، ثم للثانى، فإنْ وجبتا معًا، أو لم يُعْلَمْ أيُّهما سبق بالحقّ على صاحبه، وسأل كلُّ واحدٍ منهما التقُّدم -أُقْرِعَ بينهما، فلو قال أحدهما: إنْ أبرأتنى من شفعتكَ، فقد أبرأتك، أو: إذا أبرأتنى - فكلّ ذلك باطلٌ، وهما على حقهما من ذلك.

قال المصنف -رحمه لله تعالى-:

(فصل): ويأخذ الشفيع بالعوض الذى ملك به، فإن اشتراه أخذه بالثمن؛ لما روى جابر - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «فإن باعه، فهو أحق بالثمن» وإن اشترى شقصًا وسيفًا بثمنٍ، قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، وأخذ الشقص بحصته، وترك السيف على المشترى بحصته؛ لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته، ولا يثبت للمشترى الخيار فى فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه؛ لأنه دخل فى العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه.

وإن اشترى الشقص بثمنٍ، ثم ألحق به زيادةً، أو حط عنه بعضه، أو وجد به عيبًا، فأخذ عنه الأرش؛ فعلى ما ذكرناه فى بيع المرابحة.

فإن نقص الشقص فى يد المشترى؛ فقد روى المزنى: أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن، وقال «فى القديم»: يأخذه بالحصة، واختلف أصحابنا فى ذلك.

فمنهم من قال: فيه قولان، وهو الصحيح.

أحدهما: يأخذه بجميع الثمن؛ كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه فى يد البائع، فإن المشترى يأخذه بجميع الثمن.

والقول الثانى: أنه يأخذه بالحصة - وهو الصحيح - لأنه أخذ بعض ما دخل فى العقد، فأخذه بالحصة، كما لو كان معه سيف.

ومنهم من قال: إن ذهب التأليف، ولم يذهب من الأجزاء شىء أخذ بالجميع؛ لأن الذى يقابله الثمن أجزاء العين، وهى باقية، فإن تلف بعض الأجزاء من الآجر،

والخشب أخذه بالحصة؛ لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن فأخذ الباقى بالحصة وحمل القولين على هذين الحالين.

ومنهم من قال: إن كانت العرصة باقيةً أخذ بالجميع؛ لأن العرصة هى الأصل، وهى باقية، فإن ذهب بعض العرصة أخذ بالحصة؛ لأنه تلف بعض الأصل، فأخذ الباقى بالحصة، وحمل القولين على هذين الحالين.

ومنهم من قال: إن تلف بجائحةٍ من السماء، أخذ بالجميع؛ لأنه لم يحصل للمشترى بدل التالف، وإن تلف بفعل آدمى، أخذ بالحصة؛ لأنه حصل للمشترى بدل التالف، وحمل القولين على هذين الحالين.

(الشرح) الأحكام: يأخذ الشفيع الشقصَ بالعوضِ الذى ملك به المشترى[1]، فإذا اشتراه بالدراهمِ أو الدنانيرِ - أخذه بمثْلِ الثمنِ؛ لما روى جابرٌ -رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «فإِنْ بَاعَهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِالثَّمَنِ»، ولأن الشفيع إنما يستحقُّ الشقص بسبب البيع؛ فكان مستحقًّا له بالثمن كالمشترى.

فإن قيل: الشفيع استحقَّه بغير اختيار مالكه؛ لحاجته إليه؛ فكان يجب أنْ يستحقَّه بالقيمة؛ كالمضطرِّ إلى أكْلِ طعامِ غيره:

قلنا: المضطرُّ يستحقُّه بسببِ الحاجةِ خاصَّةً؛ فكان الرجوع فى بدله إلى القيمةِ، والشفيع استحقَّه لأجل البيعِ؛ ولهذا لا تثبت الشفعة فى الميراثِ والهبة، وإذا اختصَّ ذلك بالبيع، وما فى معناه، وجَبَ أن يختصَّ بالعوض المستحق بالبيع حتى يكونَ كأنه نقل العقد عنه إلى الشفيع.

فصل: وإن اشترَى شقصًا من دار، أو أرضٍ، وسيفًا أو ثوبًا بثمن واحدٍ، قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، وأخذ الشفيع الشقصَ بحصَّته من الثمنِ، وترك السيف أو الثوب على المشترِى بحصَّته منه؛ لأنَّ الثمن ينقسم على المبيعِ على قَدْر قيمته، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد.

---

(١) قال فى الإنصاف (٦/٢٩٩): قوله (ويأخذ الشفيع بالثمن الذى وقع عليه العقد) قال الحارثى: فيه مضمر حذف اختصارا . وتقديره: مثل الثمن، أو قدره؛ لأن الأخذ بعين الثمن المأخوذ به للمشترى غير ممكن؛ فتعين الإضمار . وإذن فالظاهر إرادة الثانى، وهو القدر؛ لأنه تعرض لوصف التأجيل، والمثلية، والتقويم فيما بعد . فلو كان المثل مرادا لكان تكريرا؛ لشمول «المثل» للصفة والذات . انتهى .

وحكى عن مالك: أنه قال: إذا باعِ شرْكًا مِنْ ضيعة مع غلْمان يعملون عليها، فللشفيع أن يأخذ جميعَ ذلك بالشفعة.

دليلنا: هو أن السيفَ ممًا لا شفعة فيه، ولا هو تابعٌ لما فيه الشفعة؛ كما لو أفرده بالعقد.

قالوا: فيه تبعيضُ الصفقة على المشترى، وفى ذلك إضرارٌ به.

قلنا: هو أدخل الضرر على نَفْسِهِ؛ لجمعه فى العقد بَيْنَ ما فيه شفعةٌ وبين ما لا شفعة فيه، ولا يثبت للمشترى الخيارُ فى فسخ البيع بتفريقِ الصفقةِ عليه؛ لأنّه دخل فى العقد على بصيرة أنَّ الصفقة تفرَّق عليه.

فصل: إذا اشترى بعيرًا أو شقصًا قيمةُ كلٍّ واحد منها مائةٌ، بعبد وجاريةٍ قيمةُ كلٍّ واحد منهما مائةٌ ثبتت الشفعة فى الشقصِ بنصف قيمةِ العبد والجارية.

فإنْ تلف البعيرُ قبل القبض، بَطَلَ فيه البيع. وهل يبطل فى الشقص؟ هو على الطريقَيْن فى تفريق الصفقةِ:

فإن قلنا: يبطل - بطل الكلُّ، وسقطت الشفعة.

وإن قلنا: لا يبطل، أخذه الشفيع بنصف قيمةِ العبدِ والجارية.

وإن تلف العبد، بطَلَ البيع فيه. وهلْ يبطل فى الجارية؟ هو على الطريقين:

فإن قلنا: لا يبطل بطل العقد فى نصف البعير، ونصفِ الشقصِ، وأخذ الشفيعُ نصفَ الشقصِ بنصف قيمة الجارية.

فصل: وإن اشترى الشقصَ بثمنٍ، ثم ألحق به زيادةً، أو حَطَّ عنه بعضه، أو وجد به عيبًا، فأخذ عنه الأرش - فعلَى ما ذكرناه فى بيع المرابحة، وهو أنه:

إن كان قبل لزومِ العقدِ: فإنَّ للشفيع أن يأخذ الشقْصَ بما استقرَّ العقد عليه من الثمن؛ لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تمَّ العقد؛ فاعتبر فيه الثمن الذى استقرَّ العقد عليه.

وإن كان ذلك بعد لزومِ العقد، لم يلحق بالعقد؛ لأن الزيادة فيه بعد لزومِ العقدِ تكونُ هبةً، والنقصان عنه يكون إبراء؛ فلا يثبتُ فى حقِّ الشفيع.

وقال أبو حيفة: يثبت النقصان فى حقِّ الشفيع، ولا تثبت الزيادة، فإنْ حط عنه مِنْ الثمن بعد لزوم العقد، فلا تثبتُ فى حقِّ الشفيع؛ كالزيادة؛ لأنه حطٌ بعد لزوم البيع؛ فأشبه حطّ الجميع.

قالوا: ما ارتفق به المشترى من الثمنِ، لَحِقَ بالعقد فى حق الشفيع؛ كأرش العيب، وما يأخذه صلحًا عن البيع، وما حطّ من الثمن فى مدَّة الخيار.

قلنا: الأرشُ فُقِدَ فى مقابلته جزءٌ من المبيع؛ فخرج عن أن يكون ثمنًا، والإبراء تبرعٌ لا يقابله مبيعٌ، والصلح عن العيب لا يجوزُ فى أحد الوجهَيْن، فإن جوّز، لم يثبتْ فى حقِّ الشفيع، وإن سلِّم، فالمعنى فيه وفيما يحط فى المجلس: أن العقد فيه معرَّض للفسخِ؛ فصار كالإبراءِ فى مدَّة الخيار، وهذا حصَلَ فى حال لزومِ العقدِ؛ فلم يلحق بالعقد.

قالوا: إذا حطَّ البعض، جعل العقد كالواقع على الباقى؛ ولهذا إذا ردَّ بالعيب أو أقاله، رجع بما بقى؛ فكذلك فى الشفعة.

قلنا: الشفعة تخالف ما ذكروه؛ ألا ترَى أنه لو أبرأَهُ من جميعِ الثمنِ، لم يلحقْ بالعقد فى حَقِّ الشفيع، ولو أبرأه من الجميعِ، لَحِقَ به فى الردِّ بالعيب، والإقالة، حتى لا يرجع بشىء.

فصل: وإنِ اشترَى شقصًا، ثم وجد به عيبًا قبل أن يأخذه الشفيع -نظَرْت -:

فإن رضى بالعيب، استقرَّ عليه جميعُ الثمن، وللشفيع أنْ يأخذه بجميعِ الثمنِ، أو يَدَعَهُ.

وإن وجد به عيبًا، وقد حدث عنده عيبٌ، فأخذ عنه الأرشَ - كان للشفيعِ أنْ يأخذ بما بقى من الثمن بعد الأرش؛ لأن الذى أخذه مِنَ البائع بعضُ الثمن؛ فبقى الشقص مبيعًا بالباقى؛ فاستحقَّهُ الشفيعُ بمثل ذلك.

فصل: فإذا ثبَتَ هذا، فإذا اشترى الشقصَ، وقيمتُهُ مائتان بألفِ درهمٍ، ثم أبرأه البائعُ بعد لزومِ العقدِ عن ثمانمائة درهمٍ، فللشفيع أن يأخذ الشقصَ بالألف أو يدعَهُ.

فصل: وإن باعَ من رجُلٍ جاريةً قيمتها مائتا درهم، بألفِ درهم، ثم اشترَى من المشترى شقصًا من دار بالألف وقيمة الشقص مائتا درهم - فللشفيع أن يأخذ الشقص بالألف أو يدعه؛ لأن صاحبه اشتراه بألف؛ فلم يكن له أن يأخذه بأقلَّ من ذلك؛ كما لو اشتراه ابتداءً بألف، وهو يساوى مائتَيْن.

وإن اشترَى شقصًا قيمتُهُ مائتا درهم بألفِ درهمٍ، ثم دفع الألف عبدًا قيمته مائتا درهمٍ - فللشفيع أن يأخذه بالألفِ أو يدعه.

وهذه المسائلُ الثلاث من الحيل التى تُتْرَكُ لأجلها الشفعة، وربما لم يف أحد المتبايعَيْن للآخر بما دخَلَ فيه معه، أو كايد الشفيع، فأخذ الشقص بجميعِ الثمنِ؛ ففيها غررٌ من هذَيْن الوجهَيْن.

ونحو هذا: أنْ يهب له بعضَ الشقص، ويسلِّمه إليه، ثم يبيعه الباقى بقيمته جميعًا؛ فلا يكون للشفيع أن يأخذ منه الجميع، ويمكنه أن يشهد عليه فيهما جميعًا فى حالة واحدة؛ فيكون أحوَطَ من الأوجه التى قبلها.

ونحوُهُ: أنْ يهَبَ له الشقصَ هبةً مطلقةً، ثم يهَبَ له الآخر قدر قيمته؛ فلا يكونُ للشفيعِ أن يأخذ شيئًا منه، ويمكنه أن يحترز منه بأنْ يهبَهُ له، ويجعله فى يد أمينٍ ليقبضه، ثم يتقابضا فى حالة واحدة، وهذا يمكنُ إذا جرى الاتفاقُ عليه قبل العقدِ، ولم يشرطْ فى العقد شىء منْ ذلك؛ لأنَّ شَرْطَ ذلك فى العقدِ يمنعُ صحَّته.

ونحوه: أن يشترى الشقص بدراهمَ معيَّنةٍ لا يعلمُ وزنها؛ فلا يمكنُ للشفيعِ أن يأخذَهُ منه فى أصحِّ الوجهَيْن، وكلُّ هذا مكروهٌ، وفعلُهُ غيرُ مباحٍ؛ لأنه حيلةٌ فى إسقاط الشفعة، وإدخال الضرر على المستحقِّ لها؛ فكانَ تركُهُ أولَى.

فصل: وإن نقص الشقصُ فى يد المشترى بأنِ اشترَى شقصًا من دار، فأصابه هَدْمٌ فى يده، فهل تبطُلُ الشفعة فيما انفصَلَ منه أمْ لا؟:

قال أبو العباس بن سريج، وغيره مِنْ أصحابنا: تبطل الشفعة فيما انفصل منه؛ لأن الشفيع يملك الشقص بالثمن؛ فيكون له ما هو متصلٌ به دون ما انفصَلَ عنه؛ كما لو اشترَى دارًا، وفيها ما هو منفصلٌ عنها.

وقال آخرون: لا تبطل - وهو الأشبه - لأن حق الشفعة ثبَتَ بالبيعِ، وقد كان جميعُ ذلك متصلًا فى حال البيعِ؛ فلا يسقط حقُّه منه بالانفصالِ بعد ذلك؛ كما لو اشترَى دارًا، فانفصَلَ منها شىء فى يد البائع.

فأمَّا ما يأخذه الشفيعُ به، فقد نقل المزنى: أنه بالخيار بَيْنَ أن يأخذه بجميع الثمنِ أو يتركه.

وقال فى القديم: يأخذه بحصَّته من الثمنِ.

واختلَفَ أصحابنا فى ذلك على خمس طرق:

فمنهم من قال: فيه قولان - وهو الصحيح -:

أحدهما: أنه يأخذه بجميع الثمنِ أو يتركه؛ لأن المأخوذ بالثمن شيئان: مبيع،

ومشفوع، ثم قد ثبت أن المبيعَ إذا نقص فى يد البائع بأنْ كان عبدًا، فذهبَتْ عينه - كان المشترى بالخيار بين أن يأخذَهُ بجميعِ الثمنِ أو يتركَهُ؛ فكذلك المشفوعُ إذا نقَصَ فى يد المشترى.

والقول الثانى: أنه يأخذُهُ بحصَّته من الثمن، وهو الصحيحُ؛ لأنَّه أخذ بعض ما دخل فى العقد؛ فأخذه بالحصَّة؛ كما لو كان مع الشِّقْصِ سيفٌ أو ثوبٌ؛ فإنَّ الشفيعَ يأخذُ الشقصَ بحصته من الثمن.

ومنهم من قال: إنْ ذهب التأليفُ، ولم يذهِبْ مِنَ الأجزاء شىء - أخذ الجميع بجميعِ الثمنِ؛ لأن الذى يقابله الثمن أجزاءُ العين، وهى باقيةٌ. وإن تلف بعضُ الأجزاء مِنَ الآجُرِّ والخشب أو غرق بعض العَرْصة، أخذه بحصَّته من الثمنِ؛ لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن؛ فأخذ الباقى بالحصَّة، وحمل القولَيْن على هذَيْن الحالَيْن.

ومنهم من قال: إن كانتِ العَرْصةُ باقيةً لم يذهب منها شىء، أخذه بجميع الثمنِ؛ لأن العَرْصة هى الأصلُ، والبناء تبعٌ؛ أَلَا تَرَى أنه يتبعها فى البيع، والعرصة باقية؛ فلم يسقط شىء من الثمن؟!

وإن ذهَبَ بعض العرصة بالغرق ونحوه، أخذه بالحصة؛ لأنه تلف بعض الأصل؛ فأخذ الباقى بالحصَّة، وحَمْلُ القولين على هذين الحالين.

ومنهم من قال: إن كان النقصُ بجائحة من السماءِ، أى: بآفة سماوية -أخذ الباقى بجميع الثمنِ؛ لأنه لم يحصلْ للمشترى بدل التالف؛ فأخذه بجميع الثمن؛ لأن فى أخذه بحصته من الثمن إضرارًا. وإن كان النقصُ بفعل آدمى، أخذ الباقى بحصته من الثمن؛ لأنه حصل للمشترى بدل التالف؛ فلا يكون فى ذلك عليه ضرر.

ومنهم من قال: إن كان النقصُ ممَّا لا يتقسَّط الثمن عليه؛ مثل أن يميل أو يضطرب سَطْحٌ، أو ينكسر جذعٌ، أخذه بجميع الثمنِ، وإن كان النقصُ ممَّا يتقسَّط الثمن عليه: مثل أن ينفصل منه بعض البناء، أو تغرق بعض العَرْصة -أخذه بحصَّته من الثمن، والتعليلُ فيه: ما ذكرناه فى الطريق الثانى، وهو قريبٌ منه، وحَمْلُ القولَيْن على هذَيْن الحالَيْن.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): وإن اشترى الشقص بمائةٍ مؤجلةٍ؛ ففيه ثلاثة أقوالٍ:

أحدها: يأخذ بمائةٍ مؤجلةٍ؛ لأن الشفيع تابع للمشترى فى قدر الثمن وصفته، فكان تابعًا له فى التأجيل.

والثانى: أنه يأخذه بسلعةٍ تساوى مائةً إلى الأجل؛ لأنه لا يمكن أن يطالب بمائةٍ حالةٍ؛ لأن ذلك أكثر مما لزم المشترى، ولا يمكن أن يطالب بمائةٍ مؤجلةٍ؛ لأن الذمم لا تتماثل، فتجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشترى، فوجب أن يعدل إلى جنسٍ آخر بقيمته، كما يعدل فيما لا مثل له إلى جنسٍ آخر بقيمته.

والثالث - وهو الصحيح -: أنه يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ، وبين أن يصبر إلى أن يحل، فيأخذ؛ لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالّةً، ولا بمائةٍ مؤجلةٍ؛ لما ذكرناه، ولا يمكن أن يأخذ بسلعةٍ؛ لأن الشفيع إنما يأخذ بالمثل، أو بالقيمة، والسلعة ليست بمثل الثمن، ولا هى قيمته، فلم يبق إلا التخيير.

(فصل): وإن باع رجل فى مرضه من وارثه شقصًا يساوى ألفين بألفٍ، ولم تجز الورثة؛ بطل البيع فى نصفه؛ لأنه قدر المحاباة، فإن اختار الشفيع أن يأخذ النصف بالألف؛ لم يكن للمشترى الخيار فى تفريق الصفقة (عليه) ؛ لأن الشفيع أخذه بألفٍ.

وإن لم يأخذه الشفيع؛ فللمشترى أن يفسخ البيع لتفرق الصفقة عليه.

وإن باع من أجنبى، وحاباه، والشفيع وارث، فاحتمل الثلث المحاباة؛ ففيه خمسة أوجهٍ:

أحدها: أن البيع يصح فى نصف الشقص بالألف، وللشفيع أن يأخذه، ويبقى النصف للمشترى بلا ثمنٍ؛ لأن المحاباة وصية، والوصية للمشترى تصح، ولا تصح للشفيع، فيصير كأنه وهب له النصف، وباع منه النصف بثمن المثل، ويأخذ الشفيع النصف بجميع الثمن، ويبقى النصف للمشترى بغير ثمنٍ.

والثانى: أن البيع يصح فى نصفه بالألف؛ لأنا إن دفعنا الجميع إلى الشفيع بالألف؛ حصلت الوصية للوارث، وإن دفعنا إليه النصف بالألف، وتركنا النصف على المشترى؛ ألزمنا الشفيع فى النصف أكثر مما لزم المشترى، فلم يبق إلا الفسخ بالنصف، ودفع النصف إلى الوارث من غير محاباةٍ.

والثالث: أن البيع باطل؛ لأن المحاباة تعلقت بالكل، فلا يجوز أن تجعل فى نصفه.

والرابع: أنه يصح البيع، وتسقط الشفعة؛ لأن إثبات الشفعة يؤدى إلى إبطال البيع، وإذا بطل البيع؛ سقطت الشفعة، وما أدى ثبوته إلى سقوطه وسقوط غيره؛ سقط، فسقطت الشفعة، وبقى البيع.

والخامس - وهو الصحيح -: أنه يصح البيع فى الجميع بالألف، ويأخذ الشفيع (الجميع) بالألف؛ لأن المحاباة وقعت للمشترى دون الشفيع، والمشترى أجنبى، فصحت المحاباة له.

(الشرح) قوله: «المحاباة»[1]، المحاباة فى البيع: هو ترك شىء من الثمن، مأخوذ من الحباء، وهو: العطية، يقال: حباه يحبوه، كأنه أعطاه ذلك، مفاعلة من الحباء.

الأحكام: إنِ اشترى الشقْصَ بمائةٍ مؤجَّلة إلى سنةٍ، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها - وهو قوله فى القديم -: أنه يأخذه بمائة إلى سنة؛ وبه قال مالك، وأحمد؛ لأن الشفيعَ تابعٌ للمشترى فى قدر الثمنِ وصفتِهِ؛ فكان تابعًا له فى التأجيلِ.

والثانى - قاله فى الشروط -: أنه يأخذه بسلعةٍ تساوى مائةً إلى سنة؛ لأنه لا يمكنُ أن يطالبَ بمائة حالَّةٍ؛ لأن ذلك أكثرُ ممَّا لَزِمَ المشترىَ، ولا يمكن أن يطالب بمائةٍ مؤجَّلة إلى سنةٍ؛ لأنَّ الذمم لا تتماثل؛ فتجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشترى، وإن كان مليئًا؛ فإنه قد يكونُ أحدهما أوفى وأسهَلَ فى المعاملةِ، ولأنَّ فى ذلك تغريرًا بالمشترى؛ لجواز أن يذهب مالُ الشفيع قبل حلولِ الأجلِ؛ فيلزمه غرمه؛ فوجب أن يعدل إلى جنس آخر بقيمتِهِ؛ كما يعدل فيما لا مِثْلَ له إلى جنسٍ آخَرَ بقيمته.

والثالث - وهو قوله فى الأم، وهو الصحيح -: أنَّه يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذه، وبين أن يصبر إلى أن يحلَّ الأجلُ، فيأخذه بالثمن، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه لا يمكنُ أن يطالبَ بمائة حالة، ولا بمائةٍ مؤجَّلة؛ لما ذكرناه، ولا يمكنُ أن يأخذ سلعةً؛ لأن الشفيعَ إنما يأخذ بالمثلِ أو بالقيمة، والسلعةُ ليسَتْ مثلَ الثمنِ ولا هى قيمتَهُ؛ فلم يبق إلا التخيير.

فصل: فعلَى هذا: إذا اختار تركَهُ إلى الأجلِ، فمات المشترى قبل انقضاء الأجلِ

(١) ينظر النظم (٢/٢٩).

- حل عليه حق البائع، ولم يحلّ على الشفيع؛ بل له تركه إلى انقضاء السَّنَة؛ لأن حلول الحقّ على شخص لا يوجبُ حلولَهُ على غيره؛ كما لو ضمن عن رجلٍ مائةً إلى سنةٍ، فمات المضمونُ عنه؛ فإنه يحلُّ الحقُّ عليه دون الضامن.

وإن قلنا: إنه يأخذه بمائة مؤجّلة؛ فمات المشترى - حلّ عليه الثمن، ولا يحل على الشفيع. وإن مات الشفيع، حل عليه دون المشترى.

فصل: وإذا قلنا: إنه بالخيار، فاختار التركَ إلى انقضاءِ الأجلِ، فأراد المشترى بيعَ الشقصِ فى خلالِ السنة -كان له ذلكَ؛ لأنه ملكه؛ فلا يمنعُ من بيعه؛ لثبوت حقِّ الشفعة فيه؛ كما لو كان الشفيع غائبًا، وإذا انقضى الأجلُ، فالشفيع بالخيار بين أنْ يأخذ الشقص بالشفعةِ مِنَ المشترى الثانى بثمنه، وبين أن يفسخ البيع ويأخذه بالثمنِ الأوّل، وبين أن يصبر حتى يحلّ الأجل الأوّل، ثم يفسخ بيع الثانى، ويأخذه بالثمن الأوّل؛ لأن ذلك كان له؛ فلا يسقطُ بتصرُّف المشترى.

فصل: وإن باع فى مرضِ موتِهِ شقصًا بثمنِ مثلِهِ، صحَّ البيعُ، ووجب الشفعةُ للشفيع، سواء كان المشترِى والشفيعُ وارثَيْن أو غيَر وارثَيْن، أو أحدهما وارثًا والآخر غير وارث؛ لأن المريضَ ممنوعٌ من التبرُّع لوارثه دون البيعِ بثمن مِثْلِهِ؛ فهو كما لو باعه فى الصحَّة.

وإن باعه بأقلّ من ثمن مثله: بأنْ كان شقصًا يساوى ألفَيْن، فباعه بألفٍ -نظرْت -:

فإن كان المشترى وارثًا، ولم يُجِزْ بقيَّةُ الورثة ذلك، بطَلَ البيع فى نصفه؛ لأنه قدر المحاباة، وهو وصيَّةٌ، ولا تصحُّ للوارث، وللشفيعِ أنْ يأخذ النصْفَ الآخر بجميعِ الألفِ، فإنِ اختار أخذه بالألف، لم يكنْ للمشترى الخيارُ فى تفريق الصفقةِ؛ لأن الشفيعَ أخذه بالألفِ، وإن لم يأخذْهُ الشفيعُ؛ فللمشترى أن يفسخَ البيعَ لتفرُّق الصفقة عليه، وسواءٌ كان الشفيع وارثًا أو غير وارث.

وإن كان المشترى أجنبيًّا -نظَرت -:

فإن كان الشفيعُ أجنبيًّا أيضًا، واحتمل ثلثه قدر المحاباة -فالبيعُ صحيحٌ فى جميع الشقص بالألف، وللشفيع أن يأخذه بالألف؛ لأن المحاباة تصحُّ فى حقِّهما جميعًا؛ فصح البيع، ووجب الشفعة بالثمن؛ لأنه لا يجوزُ أن يأخذه بأكثر من الثمن.

وإنْ كانتِ المحاباةُ أكثَرَ من الثلثِ، كان ذلك إلى إجازة الورثة، فإنْ أجازوها، كان على ما ذكرنا إذا خرجت من الثلث. وإنْ ردوا ما زاد على قدر الثلث، بقى بقية

الشقص بالثمن، فإن أخذه الشفيع، لم يكنْ للمشترى الردُّ، وإنْ لم يأخذه الشفيعُ، فالمشترى بالخيار بين أن يأخُذَ الباقى بالثمن، وبَيْنَ أن يردَّه.

وإن كان الشفيعُ وارثًا، واحتمل الثلثُ المحاباةَ، ففيه خمسة أوجه:

أحدها: أن البيع يصحُّ فى جميع الشقصِ بألف، وللشفيعِ أن يأخذ النصف منه بالألف، ويبقى النصفُ للمشترى بلا ثمن؛ لأن المحاباة وصيَّةٌ، والوصية تصحُّ للمشترى، ولا تصح للشفيع، ويصير كأنه وهَبَ له النصفَ، وباع منه النصفَ بثمن المثْلِ، وهو الألفُ، ويأخذ الشفيع النصف بنصف الثمنِ، أى: ثمن المثل، وهو الألفُ، ويبقى النصف للمشترى بغير ثمن.

والثانى: أن البيع يصحُّ فى نصفه بالألفِ، وللشفيع أن يأخذه بالألفِ؛ لأنه لا يمكن تصحيح البيع فى الجميع بالألفِ، ودفع جميعه إلى الشفيع بذلك؛ لأنا إنْ دفعنا الجميع إلى الشفيعِ بالألفِ، حصلَتِ الوصيَّة للوارث. وإن دفعنا إليه النصفَ بالألفِ، وتركنا النصفَ على المشترى - ألزمنا الشفيعَ فى النصف أكثَرَ ممَّا لزم المشترىَ، وذلك لا يجوز؛ لأن من شأنه أنْ يأخذ بما اشتراه المشترى، رخيصًا كان أو غاليًا؛ فلم يبق إلا الفسخُ فى النصف، ودفع النصف إلى الوارث من غير محاباة، ثم إن أخذه الشفيع بالشفعة، فلا خيار للمشترى، وإن لم يأخذه، فله الخيار على ما مضَى.

والثالث: أن البيع باطلٌ فى جميع الشقصِ؛ لأنَّ المحاباة تعلقت بالكلِّ؛ فلا يجوز أن تجعل فى نصفه؛ لأنه لا يمكنُ تصحيحُ البيع فى الجميع، ودفع جميعه إلى الشفيعِ بالألفِ؛ لما فيه من تصحيح الوصيَّة للوارث، ولا يمكن تصحيح البيع فى الجميعِ، ودفعِ نصفه إلى الشفيع بالألفِ؛ لفساد الوجهين على ما تقدَّم ذكره، ولا يمكن أن يحكَمَ ببطلانِ البيعِ فى نصفه، وصحَّته فى النصف الآخرِ؛ لأنه صفقة واحدة، والمشترى ممن تصحُّ محاباته له؛ فلم يبق إلا أن يحكم ببطلان جميعه.

والرابع: أنه يصح البيعُ فى الجميعِ بالألفِ، وتسقط الشفعةُ؛ لأن إثبات الشفعةِ يؤدِّى إلى إبطال البيعِ، وإذا بطَلَ البيعُ، سقطَتِ الشفعةُ، وما أدَّى ثبوته إلى سقوطِهِ وسقوطِ غيرِهِ، سقَطَ؛ فسقطَتِ الشفعةُ، وبقى البيع.

والخامس - وهو الصحيح -: أنه يصحُّ البيع فى الجميع بالألفِ، ويأخذه الشفيع جميعه؛ لأن المحاباة من المريضِ وقعتْ للمشترى، دون الشفيع، والمشترى

أجنبى؛ فصحتِ المحاباةُ. وإن عاد نفعها إلى وارثِهِ الشفيع؛ كما لو وصَّى بثلث ماله لأجنبى لوارثِهِ عليه دينٌ، وهو معسرٌ بالدَّيْن؛ فإنَّ الوصية تصحُّ، وإن كان نفعها إلى وارثه، ولأنَّه لو امتنَعَ صحة البيع أو الشفعة؛ لكون الشفيع وارثًا مع كون المشترى أجنبيًّا -لوجب إذا كان الشفيع أجنبيًّا، والمشترى وارثًا: أن يصحَّ البيعُ بالمحاباةِ؛ لأن ذلك فى الحكم محاباةٌ للشفيع الأجنبى، فلما لم يكنْ كذلك، علم أنَّ الاعتبار بحال المشترِى وحْدَهُ.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): وإن اشترى الشقص بعرضٍ، فإن كان له مثل؛ كالحبوب، والأدهان - أخذه بمثله؛ لأنه من ذوات الأمثال (فأخذ به) ؛ كالدراهم والدنانير.

وإن لم يكن له مثل؛ كالعبيد والثياب - أخذه بقيمته؛ لأن القيمة مثل لما لا مثل له، ويأخذه بقيمته حال وجوب الشفعة، كما يأخذ بالثمن الذى وجب عند وجوب الشفعة.

وإن اشترى الشقص بعبدٍ، وأخذ الشفيع بقيمته، ووجد البائع بالعبد عيبًا، ورده؛ أخذ قيمة الشقص.

وهل يثبت التراجع للشفيع، والمشترى بما بين قيمة العبد وقيمة الشقص؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يتراجعان؛ لأن الشفيع أخذ بما استقر عليه العقد، وهو قيمة العبد، فلا يتغير بما طرأ بعده.

والثانى: يتراجعان، فإن كانت قيمة الشقص أكثر؛ رجع المشترى على الشفيع، وإن كانت قيمة العبد أكثر؛ رجع الشفيع على المشترى؛ لأنه استقر الشقص على المشترى بقيمته، فثبت التراجع بما بين القيمتين، وإن وجد البائع بالعبد العيب، وقد حدث عنده عيب (آخر)، فرجع على المشترى بالأرش؛ نظرت، فإن أخذ (المشترى) من الشفيع قيمة العبد سليمًا، لم يرجع عليه بالأرش؛ لأن الأرش دخل فى القيمة.

وإن أخذ قيمته معيبًا؛ فهل يرجع بالأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع؛ لأنه أخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذى استقر عليه العقد.

والثانى: يرجع بالأرش؛ لأنه استقر الشقص عليه بقيمة عبدٍ سليمٍ، فرجع به على

الشفيع.

(الشرح) الأحكام: إن اشترَى الشقصَ بعَرْضٍ: فإن كان له مِثْلٌ: كالحبوب والأدهان ونحو ذلك - أخذه بمثله؛ لأنه من ذواتِ الأمثالِ؛ فيأخذه به؛ كالدراهم والدنانير.

فصل: وإن لم يكنْ له مِثْلٌ: كالعبيد، والثياب، ونحو ذلك، أخذه بقيمته.

وقال الحسن البصرى، وسوار القاضى: لا تثبتُ الشفعة فيه.

دليلنا: هو أن القيمة مِثْلٌ لما لا مثل له؛ فأشبه إذا اشتراه بما له مِثْل، ولأنه أحد نوعى الثمن؛ فجاز أن تثبتَ الشفعة فى المشترى به؛ كالذى له مثل.

قالوا: الشفعة إنما تجبُ بمثْلِ الثمن الذى اشتراه به، وهذا لا مِثْلَ له؛ فلم تجبْ فيه الشفعة.

قلنا: له مِثْلٌ من طريق القيمة؛ فهو كالذى له مِثْلٌ من طريق الصورة.

فصل: ويأخذه بقيمتِهِ حال وجوبِ الشفعةِ، وهو عند انقضاءِ مدَّة الخيار لا وقتْ الخصومة والترافع[1].

وحكى عن مالك أنه قال: يأخذه بقيمته وقْتَ المحاكمة.

دليلنا: هو أن الشفيعَ يستحقُّ الشفعة بالعقد؛ فاعتبر قيمته حالَ وجوبِ الشفعة؛ لأنه وقت الاستحقاقِ، والزيادة على ذلك تحصلُ فى ملك البائع؛ فلا يستحقُّ بدلها على الشفيع، فإن اختلفا فى قدر القيمةِ فى ذلكَ الوقتِ، فالقولُ قولُ المشترى مع يمينِهِ؛ لما سيأتى بيانه.

فصل: وإنِ اشترى الشقصَ بعبدٍ، فأخذه الشفيعُ بقيمةِ العبدِ، ووجد البائع بالعبد عيبًا، فردَّه - لم يكن له استرجاعُ الشقصِ؛ لأن الشفيع قد ملكه بالأَخْذْ؛ فلم يكنْ للبائع إبطال ملكِهِ؛ كما لو باعه المشترى، ثمَّ وجد البائعُ بالعبد عيبًا، ويرجع البائع

---

(١) قال فى شرح المنتقى (٦/ ٢٠٠): إن من اشترى شقصا بعرض، ثم جاء الشفيع - فإن له أن يأخذ بقيمة ذلك العرض إذا كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود، ومعنى ذلك: أنه مما لا مثل له، وفى كتاب ابن المواز: إن اشتراه على جزاف فعلى الشريك قيمة ذلك الحلى يقوم ذهبه بالفضة ويقوم فضته بالذهب، وكذلك الجزاف من السبائك والرصاص والنحاس والطعام المصبر، وأما إن اشتراه المشترى بمكيل أو موزون أو معدود فإنما عليه مثله، وليس هذا من بيع ما ليس عنده؛ لأنه عقد لا يقف على اختيار المتعاقدين؛ لأن المشترى مغلوب على التسليم، وإنما يراعى بيع ما ليس عنده فى العقد الموقوف على اختيار المتعاقدين .

على المشترى بقيمة الشقصِ.

وحكى عن أبى حنيفة: أنه يرجعُ عليه بقيمة العَبْد.

دليلنا: هو أن البائع إذا ردَّ بالعيب؛ إنما يستحقُّ الرجوع بالشقصِ - إذا كان باقيًا على ملكِ المشترِى، فإذا كان فائتا؛ وجب أن يرجع بقيمته لا بقيمة غيره.

وإن ملك المشترى الشقْصَ بعد ذلك ببيعٍ أو هبةٍ أو إرث وغير ذلك، لم يلزمه ردُّه إلى البائع، ولا يملك هو ردَّه عليه؛ لأنه دفع القيمة عوضًا عنه، ويفارق العبد المغصوب إذا أَبَقَ من يده، فغرم للمالك قيمته، ثم رجع؛ لأنه دفع القيمة للحيلولة، لا على وجه العوض.

فصل: وهَلْ يثبتُ التراجعُ للشفيعِ والمشترى بما بَيْنَ قيمة العبد وقيمة الشقص؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يتراجعان؛ لأن الشفيع أخَذَ الشقص بما استقرَّ عليه العقد، وهو قيمة العبدِ؛ فلا يتغيرَّ بما طرأ بعده.

والثانى: يتراجعان، فإنْ كانت قيمةُ الشقصِ أكثَرَ، رجع المشترى على الشفيع بما بينهما، وإنْ كانتْ قيمةُ العبد أكثَرَ، رجَعَ الشفيعُ على المشترى بما بينهما؛ لأنه استقرَّ الشقص على المشترى بقيمتِهِ؛ فثبت التراجع بما بين القيمتَيْن.

فصل: فإنْ علم بالعيب قبل أنْ يأخذَهُ الشفيعُ بالشفعة: فهلْ يكونُ البائعُ أَوْلَى بالشقص أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يكون أَوْلَى؛ لأن الشفعة ثبتت لإزالة الضرر، وفى إثباتها فى هذا الموضعِ إضرارٌ بالبائع، والضرر لا يُزَال بالضرر؛ فعلى هذا: يستردُّ البائع الشقصَ، ويسقط حقُّ الشفيع.

والثانى: أن الشفيع أَوْلَى؛ لأن حقَّه ثبت بالبيع، وحقُّ البائع فى الرجوع ثبَتَ حين الردِّ؛ فكان السابقُ أولَى، وعلى هذا: يأخذ البائع من المشترى قيمة الشقص، وبكم يرجع المشترى؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرجع بقيمة الشقص.

والثانى: بقيمة العبد.

وقد مضَى توجيههما.

فصل: وإن وجَدَ البائعُ بالعبد العيبَ، وقد حدث عنده عيْبٌ، فرجع على

المشترى بالأرش -نظرْت -:

فإن كان الشفيع أخذ الشقْصَ بقيمة العبد سليمًا، لم يرجع المشترى عليه بالأرش؛ لأنَّ الأرش دخَلَ فى القيمة، وإن كان أخذَهُ بقيمته معيبًا، فهل يرجعُ المشترى بالأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجعُ؛ لأنه أخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذى استقرَّ عليه العقد؛ فلا يستحقُّ عليه غيره.

والثانى: يرجع بالأرش؛ لأنَّه استقرَّ الشقص عليه بقيمة عبد سليم؛ فرجع به على الشفيع.

فصل: وإذا اشترى شقصًا بعبد، فأخذه الشفيعُ بقيمة العبد، ثم تلف العبد فى يد المشترى قبلَ تسليمِهِ إلى البائعِ - بطَلَ البيعُ، ولم تبطلِ الشفعةُ، لكنْ يرجع البائعُ على المشترى بقيمة الشقصِ؛ لأنَّ البائع ثبَتَ له الرجوعُ بالمبيع عند انفساخ البيعِ إذا كان باقيًا فى يد المشترِى، وقد خرج من يده فى هذا الموضع؛ فسقط حقُّه إلى قيمته؛ كما لو باعه، أو وهبه وأقبضه.

وإن تلف العبد فى يد المشترى قبل أنْ يأخُذَ الشفيعُ الشقصَ - بطَلَ البيعُ، وسقطتِ الشفعةُ؛ لأن الشفيع يستحقُّ أخذ الشقص من المشترى بالثمنِ الذى ملكه به، فإذا كان معيبًا، وتلف قبل القبض - بطل البيع؛ لأنه لا يمكنُ أخذ البدل عنه؛ فلا يكونُ للشفيع شفعة.

فصل: وإن اشترى شقصًا بعبد، فأخذه الشفيع بقيمة العبد، ثم خرج العبد مستحقًّا بأن قامَتْ بينةٌ بأن العبد مغصوبٌ، أو أقرَّ المتبايعان والشفيع بأنَّه مغصوبٌ -: حكم ببطلان البيعِ والشفعة جميعًا؛ لأن العبد الذى هو الثمنُ مغصوبٌ، والبيع بالثمن المغصوب لا يصحُّ، وإذا بطل البيعُ، بطلَتِ الشفعةُ؛ لأنها تابعةٌ للبيع؛ فبطلَتْ ببطلانِهِ، ويرد العبد على صاحبه والشقص على بائعه، وإن أقرَّ المتبايعان، وأنكر الشفيع - لم يقبل قولهما عليه؛ لأن الشفعة قد وجبَتْ له بالبيع فى الظاهر؛ فلم يكنْ لهما إبطالها عليه بذلك، ويرد العبد على صاحبه، ويرجع البائع على المشترى بقيمة الشقص.

فصل: وإنِ اشترَى شقصًا بدنانير بعينها، فأخذه الشفيع بمثلها، ثمَّ خرجتِ الدنانيرُ مستَحَقَّةً - حكمَ ببطلان البيع والشفعةِ؛ لما ذكرناه فى العبد.

وإن كانا تبايعا بدنانير فى الذمّة ونقدها عنها، فخرجتْ مستَحَقَّةً - لم يبطلِ البيعُ ولا الشفعةُ؛ لأن البيع لا يبطل بذلك؛ بل عليه أن ينقدَهُ غيرَهَا.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): وإن جعل الشقص أجرةً فى إجارةٍ؛ أخذه الشفيع بأجرةِ مثل المنفعة، فإن جعل صداقًا فى نكاح، أو بدلًا فى خلعٍ؛ أخذ

الشفيع بمهرِ مثل المرأة؛ لأن المنفعة لا مثل لها فأخذ بقيمتها؛ كالثوب والعبد، وإن جعل متعةً فى طلاق امرأةٍ، أخذ الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر؛ لأن الواجب بالطلاق متعة مثلها، لا المهر.

(فصل): والشفيع بالخيار بين الأخذ والترك؛ لأنه حق ثبت له لدفع الضرر عنه، فخير بين أخذه، وتركه.

وفى خياره أربعة أقوالٍ: قولان نص عليهما «فى القديم»:

أحدهما: أنه على التراخى، لا يسقط إلا بالعفو، أو بما يدل على العفو؛ كقوله: بعنى، أو قاسمنى، وما أشبههما؛ لأنه حق له، لا ضرر على المستحق عليه فى تأخيره، فلم يسقط إلا بالعفو كالخيار فى القصاص.

والثانى: أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشترى إلى الحاكم، ليجبره على الأخذ، أو العفو؛ لأنا لو قلنا: إنه على الفور، أضررنا بالشفيع؛ لأنه لا يأمن مع الاستعجال أن يترك، والحظ فى الأخذ، أو يأخذه والحظ فى الترك؛ فيندم

وإن قلنا: إنه على التراخى إلى أن يسقط؛ أضررنا بالمشترى؛ لأنه لا يقدر على التصرف (فيه) والسعى فى عمارته، خوفًا من الشفيع؛ فجعل له إلى أن يرفع إلى الحاكم ليدفع عنه الضرر.

والثالث: نص عليه فى «سير حرملة»: أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام؛ لأنه لا يمكن أن يجعل على الفور؛ لأنه يستضر به الشفيع، ولا أن يجعل على التراخى؛ لأنه يستضر به المشترى، فقدر بثلاثة أيامٍ؛ لأنه لا ضرر فيه على الشفيع؛ لأنه يمكنه أن يعرف ما فيه من الحظ فى ثلاثة أيامٍ، ولا على المشترى؛ لأنه قريب.

والرابع: نص عليه «فى الجديد»: أنه على الفور، وهو الصحيح؛ لما روى أنس - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «الشفعة لمن واثبها» وروى أنه قال: «الشفعة كنشطة العقال، إن قيدت ثبتت، وإن تركت فاللوم على من تركها» فعلى هذا إن أخر

الطلب من غير عذرٍ، سقط؛ لأنه على الفور، فسقط بالتأخير من غير عذرٍ؛ كالرد بالعيب.

وإن أخره، لطهارةٍ، أو صلاةٍ، أو طعامٍ، أو لبس ثوبٍ، أو إغلاق بابٍ، فهو على شفعته؛ لأنه ترك الطلب لعذرٍ.

وإن قال: سلام عليكم، أنا مطالب بالشفعة؛ ثبتت الشفعة؛ لأن السلام قبل الكلام سنة، فلا تسقط به الشفعة.

وإن قال: بارك الله فى صفقة يمينك، أنا مطالب بالشفعة؛ لم تسقط؛ لأن الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفعة؛ لأنه يجوز أن يكون دعاءً للصفقة بالبركة؛ لأنها أوصلته إلى الأخذ بالشفعة.

وإن قال: صالحنى عن الشفعة على مالٍ، لم يصح الصلح؛ لأنه خيار، فلا يجوز أخذ العوض عنه، كخيار الشرط.

وفى شفعته وجهان:

أحدهما: تسقط؛ لأنه أعرض عن طلبها من غير عذرٍ.

والثانى: لا تسقط؛ لأنه تركها على عوضٍ ولم يسلم له العوض فبقى على شفعته فإن أخذه بثمنٍ مستحق ففيه وجهان:

أحدهما: تسقط؛ لأنه ترك الأخذ الذى يملك به من غير عذرٍ.

والثانى: لا تسقط؛ لأنه استحق الشقص بمثل الثمن فى الذمة، فإذا عينه فيما لا يملك، سقط التعيين وبقى الاستحقاق، كما لو اشترى شيئًا بثمنٍ فى الذمة، ووزن فيه ما لا يملك.

(الشرح) حديث: «الشفعة لمن واثبها» لم أجده مرفوعًا إنما أخرجه عبد الرزاق[1] من قول شريح، وقال الحافظ فى التلخيص[2] : وذكره قاسم بن ثابت فى دلائله.

أما حديث «الشفعة كنشطة العقال...» فقال الحافظ فى تلخيصه[3] : هذا الحديث ذكره القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والماوردى هكذا بلا إسناد.

---

(١) (٨/ ٨٣) (١٤٤٠٦) .
(٢) (٣/ ١٣٨) .
(٣) (٣/ ١٣٧) .

وقد روى بلفظ: «الشفعة كحل العقال».

أخرجه ابن ماجه[١] والبيهقي[٢] والخطيب في التاريخ[٣]، كلهم من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر قال: قال النبي ﷺ: «لا شفعة لغائب ولا صغير ولا شريك على شريك إذا سبقه بالشراء والشفعة كحل العقال»، ولفظ ابن ماجه: «الشفعة كحل العقال»، وقال البيهقي: «محمد بن الحارث البصري متروك، ومحمد بن عبد الرحمن البيلماني ضعيف، ضعفهما يحيى بن معين وغيره من أئمة الحديث». وقال ابن حزم المحلى[٤] «هو خبر مكذوب موضوع» وقال ابن أبي حاتم في العلل[٥] سئل أبو زرعة عن حديث رواه عبيد الله بن محمد التيمي المعروف بابن عائشة عن محمد بن الحارث الحارثي عن محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «الشفعة كحل العقال» قال أبو زرعة: هذا حديث منكر ولم تقرأ علينا في كتاب الشفعة وضربنا عليه.

وقال البوصيري في الزوائد[٦] هذا إسناد ضعيف محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني قال فيه ابن عدي: كل ما يرويه البيلماني فالبلاء فيه منه، وإذا روى عنه محمد بن الحارث فهما ضعيفان، وقال ابن حبان حدث عن أبيه نسخه كلها موضوعة لا يجوز الاحتجاج به، ولا ذكره إلا على وجه التعجب.

وقوله ﷺ: «لِمَنْ واثبها»[٧]، أي: بادرها، كما يُبادِرُ الشيء مَنْ يَثِبُ عليه، أي، يقفز ويطفر.

قوله في الحديث: «الشفعة كنشطة العقال» قال الجوهري[٨]: تقول: نشطت الحبل: عقدت له أنشوطة، وأنشطته حللته، يقال: «كأنما أنشط من عقال».

وهو مَثَلٌ للإسراع والمبادرة، كما يبادر البعير إلى القيام عند حل عقاله.

قوله: «بثمن مستحق» أي: أخذه من يدعيه بحق من بينة أو إقرار.

---

(١) (٢/ ٨٣٥)، كتاب: الشفعة، باب: طلب الشفعة.
(٢) (٦/ ١٠٨) كتاب: الشفعة، باب: من مسائل الشفعة.
(٣) (٦/ ٥٧).
(٤) (٩/ ٩١) كتاب: الشفعة، باب: أحكام الشفعة.
(٥) (١/ ٤٧٩) رقم (١٤٣٤).
(٦) (٢/ ٢٨٣)
(٧) ينظر النظم (٢/ ٢٩، ٣٠).
(٨) ينظر الصحاح (نشط).

الأحكام: إن جعل الشقص أجرةً فى إجارة بأنْ أَجَرَهُ دارًا مدَّة بشقص من دار أو حانوت - أخذه الشفيع بأجرة مِثْل منفعة تلك الدار فى تلكَ المدَّة.

وإنْ جعل الشقص صداقًا فى نكاح أو بدلًا فى خلع، أخذه الشفيع بمهر مِثْل المرأة لا بقيمة الشقص.

وقال مالك: يأخذه بقيمة الشقصِ.

دليلنا: هو أن المنفعة لا مِثْلَ لها؛ فأخذه بقيمتها؛ كما لو اشتراه بثوبٍ أو عبدٍ.

قالوا: لو أوجبنا مهر المثلِ، لقوّمنا البضع على الأجانب ولأضررنا بالشفيع؛ لأنه قد يتفَاوت مهر المثل مع المسمَّى؛ لأن المهر قد يتسامح به فى العادة بخلاف البيع.

قلنا: يجوز ذلك هاهنا؛ كما جاز تقويمه على المكره وفى الرضاع والرجوع عن الشهادة بالطلاق، ولا اعتبار بالمسامحة؛ لأن الظاهر أن العوض يكون عوض المثل.

ثم هو باطل بمن اشترى شقصًا يساوى مائة بعبد يساوى مائتين، أو شقصًا يساوى مائتين بعبد يساوى مائة؛ فإنه يأخذ بقيمة العبد، ولا يعتبر فيه ما ذكره من الضرر.

فصل: وإن جعل الشقص متعة فى طلاق امرأة - أخذه الشفيع بمتعة مثل المرأة كالمهر؛ لأن الواجب بالطلاق متعة مثلها - على ما يأتى بيانه فى كتاب النكاح - لا مهر مثلها.

وإن صالح من مال على شقص أخذه الشفيع بمثل ما بذله فيه إن كان مما له مثل، أو بقيمته: إن لم يكن له مثل.

فصل: وإن أصدق امرأته شقصًا، وطلقها قبل الدخول وبعد أن أخذه الشفيع بالشفعة - رجع الزوج عليها بنصف قيمة الشقص؛ لأن ملكها زال عنها؛ فهو كما لو باعته ثم طلقها قبل الدخول، ويكون له قيمة نصفه أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض. وإن طلقها قبل أن يأخذه الشفيع - فعلى ما يأتى بيانه فى موضعه - إن شاء الله تعالى -.

فصل: وإذا باع أحد الشريكين نصيبه من الأرض أو الدار، وثبت لشريكه حق الشفعة - نظرت -:

فإن لم يعلم بها: مثل أن يكون غائبًا، أو كتم عنه البيع، وما أشبه ذلك - لم يسقط حقه من الشفعة، وإن أتى عليه سنون؛ لأنه خيار ثبت لدفع الضرر عن المال؛

فلم يسقط قبل العلم به كخيار الرد بالعيب.

فإن علم بها عقيب البيع أو بعد مدة فهو بالخيار بين الأخذ والترك؛ لأنه حق ثبت له لدفع الضرر عنه؛ فخير بين أخذه وتركه.

فصل: وفى خياره أربعة أقوال:

قولان نص عليهما فى القديم:

أحدهما: أنه على التراخى لا يسقط إلا بالعفو، وليس للمشترى مطالبته بالأخذ أو الترك؛ لأنه حق لا ضرر على المستحق عليه فى تأخيره؛ فلم يسقط إلا بالعفو، كالخيار فى القصاص.

والثانى: أنه بالخيار إلى أن يعفو بأن يقول: عفوت، أو وجد منه ما يدل على العفو: بأن يقول للمشترى: بعنى هذا الشقص، أو هَبْه لى، أو قاسِمْنى، وللمشترى إذا لم يصرح بالعفو، أو مزح به - أن يرفعه إلى الحاكم؛ ليجبره على الأخذ أو العفو؛ لأنا لو قلنا: إنه على الفور أضررنا بالشفيع؛ لأنه لا يأمن مع الاستعجال أن يتركه والحظ فى أخذه، أو يأخذه والحظ فى تركه فيندم.

وإن قلنا: إنه على التراخى إلى أن يسقط - أضررنا بالمشترى؛ لأنه لا يقدر على التصرف فيه والسعى فى عمارته خوفًا من الشفيع؛ فجعل له أن يرفعه إلى الحاكم ليدفع عنه الضرر.

والثالث: نص عليه الشافعى فى كتاب حرملة أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام، وحُكى عن ابن أبى ليلى والثورى مثله؛ لأنه لا يمكن أن يجعل على الفور؛ لأنه يستضر به الشفيع، ولا أن يجعل على التراخى؛ لأنه يستضر به المشترى فقدر بثلاثة أيام؛ لأنه لا ضرر فيه على الشفيع؛ لأنه يمكنه أن يعرف ما فيه من الحظ فى ثلاثة أيام، ولا على المشترى؛ لأنه قريب: فإنه أول حد الكثرة وآخر حد القلة؛ فلا يلحق به ضرر فى الغالب؛ ولهذا قدر بها خيار الشرط.

والرابع - نص عليه فى الجديد -: أنه على الفور، وهو الصحيح، وعليه التفريع.

وحكى عن مالك[1] روايتان:

---

(١) قال فى التاج والإكليل (٧/ ٣٨٤): قال مالك: الشفيع على شفعته حتى يترك أو يأتى من =

إحداهما: أنه إلى سنة.

والثانية: أنه إلى أنْ يأتى عليه مِنَ الزمان ما يَعْلم أنه تارك لها.

دليلنا: ما روى أن النبى ﷺ قال: «الشُّفْعَةُ لِمنْ وَاثَبَهَا»، وروى أنه قال: «الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ الْعِقَالِ: إنْ قُيِّدَتْ ثَبَتَت، وَإنْ تُرِكَتْ فَاللَّوْمُ عَلَى مَنْ تَرَكَهَا»، وهذا يدلُّ على أن الخيار فيها على الفور.

ولأنه أخر الطلب من غير عذر؛ فأشبه إذا أخره عن السنة، أو الزمان الذى ذكره، ولأنَّ الأخذ بالشفعة ثبتَ لإزالةِ الضرر عن الشفيع، وفى جعله إلى سنة إضرارٌ بالمشترى، والضرر لا يُزال بالضرر.

قالوا: المطالبة حقٌّ للشفيع، ومن ثبت له حقٌّ، فله أخذه، وله تركه إلى وقت شاء؛ كاستيفاء الديون والقصاص.

قلنا: ملك حقوق؛ فلم تسقط بترك المطالبة؛ وهذا حق غيرُ مستقرٌّ؛ وإنما ثبت لإزالة الضرر، وفى بقائه ضررٌ على المشترى؛ فكان على الفور؛ كخيار القبول، وخيار الردِّ بالعيب.

فصل: فعلى هذا: إنْ أخر الطلبَ من غير عذرٍ مع العِلْمِ بالبيع والمشترى وقدر الثمن - سقط حقه، وإن لم يفارق المجلس الذى علم فيه بالشفعة.

وقال أبو حنيفة: يختصُّ بالمجلس؛ فإذا طلب قبل أن يقومَ مِنْ مجلسه، صحَّ الطلب.

دليلنا ما تقدَّم من قوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ لِمنْ وَاثَبَهَا، وَالشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ العِقَالِ».

ولأنه خيارٌ وضع لدفع الضرر عن المال؛ فلم يختصَّ بالمجلس؛ كخيار الردَّ بالعيب، ولأنه أخر الطلب من غير عذر؛ فأشبه إذا قام من المجلس.

قالوا: طلبها قبل القيام من المجلس واشتغاله بما يقطع حكمه؛ فأشبه إذا طلبها

= طول الزمان ما يعلم أنه تارك لشفعته، وإذا علم الشراء فلم يطلب شفعته سنة فلا يقطع ذلك شفعته، وإن كان قد كتب شهادته فى الشراء . ولم ير مالك التسعة أشهر ولا السنة بكثير إن تباعد، هكذا يحلف: ما كان وقوفه تركا لشفعته، قال ابن المواز عن مالك: يحلف فى خمسة أشهر فأكثر، ولا يحلف فى شهرين . وأما إذا حضر الشراء وكتب شهادته ثم قام بعد عشرة أيام، فأشد ما عليه أن يحلف: ما كان ذلك منه تركا لشفعته، ويأخذها . قال مالك: إذا جاوز السنة بما يعد تاركا فلا شفعة له . انتهى نص ابن يونس .

على الفور.

قلنا: هناك لم يؤخر الطلب، وهاهنا أخر من غير عذر؛ فسقطت كالرد بالعيب.

فصل: وإن أخر الطلب لعذر: مثل أن يعلم ليلا، فله أن يترك حتى يصبح، أو علم به وهو فى الصلاة، فله أن يترك حتى يفرغ منها، أو علم بها فى وقت الصلاة، فله أن يتطهر ويؤذن و يقيم ويصلى ويأتى سنة الصلاة، ثم يخرج لطلبه.

أو علم به وهو جائع أو عطشان، أو حال الأكل أو لبس ثوب أو إغلاق باب - فهو على شفعته حتى يفرغ ثم يخرج إليها؛ لأنه ترك الطلب لعذر؛ لأن العادة جارية بالطلب على هذا الوجه؛ فلا يكون الاشتغال بها مانعا لثبوت الشفعة، ألا ترى أنه لو خرج لطلبها عقيب العلم، لكنه لم يعدو أو يحرك الدابة - لم يلزمه أن يعدو، ولا أن يحرك دابته؛ بل له أن يمشى على سجية مشيته؛ رجوعا إلى العادة فيه؛ فكذلك فى سائر ذلك.

فصل: وإذا فرغ من حاجته، فإنه يمضى إلى المشترى، ولا يحتاج أن يرفع ذلك إلى الحاكم؛ لأن الشفعة ثابتة بنص الخبر والإجماع؛ فلم يفتقر إلى الحاكم؛ كمدة الإيلاء والرد بالعيب، فإذا لقى المشترى بدأه بالسلام، فيقول: «سلام عليك، أنا مطالبك بالشفعة»، فإذا قال ذلك ثبتت الشفعة؛ لأن التسليم قبل الكلام سنة؛ لأنه روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه»[1] ؛ فلا تسقط بذلك الشفعة.

فإن قال بعد السلام: بارك الله لك فى صفقة يمينك، أنا مطالِبُكَ بالشفعة - لم

---

(١) أخرجه ابن عدى فى الكامل (٥/ ٢٩١) فى ترجمة عبد العزيز بن أبى رواد وابن السنى فى عمل اليوم والليلة (٢١٤) وأبو نعيم فى الحلية (٨/ ١٩٩) من طرق عن عبد العزيز بن أبى رواد عن نافع عن ابن عمر . . . فذكره ولفظ ابن عدى «السلام قبل الكلام فمن بدأكم بالسؤال قبل السلام فلا تجيبوه»

ونقل ابن أبى حاتم فى العلل (٢/ ٣٣١) عن أبى زرعة قال: -

هذا حديث ليس له أصل لم يسمع بقية هذا الحديث من عبد العزيز إنما هو عن أهل حمص وأهل حمص لا يميزون هذا . .

وقال ابن عدى: ولعبد العزيز بن أبى رواد غير حديث وفى بعض روايات، لا يتابع عليه فذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٨/ ٣٥) وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه هارون بن محمد أبو الطيب وهو كذاب .

وحسن إسناده العلامة الألبانى رحمه الله فى الصحيحة (٢/ ٤٧٧، ٤٧٩) (٨١٦) .

تسقطِ الشفعةُ؛ لأن الدعاء له بالبركة لَا يَدُلُّ على ترك الشفعة؛ لأنه يجوزُ أن يكون دعاءً للصفقة بالبركة؛ لأنها أوصلَتْهُ إلى الأخذ بالشفعةِ.

وإن قال: اشتريت رخيصًا، وأنا طالبُ بالشفعة، فقد قيل: يبطل حقُّه من الشفعة؛ لأنه اشتغل بما لا فائدة فيه.

وإن قال: بكمِ اشتريت، وهو يعلم قدر الثمن: سقط حقُّه، وإن لم يعلم ذلك: لم يسقط.

فصل: وإن قال الشفيعُ للمشترِى: صالحنى عن الشفعة على مال - لم يصحَّ الصلح.

وقال مالك: يصحُّ، وله أخذ العوض عنها.

دليلنا: هو أنه خيارٌ؛ فلا يجوز أخذ العوض عنه؛ كخيار الشرط إذا بذل له عوضًا على تركه.

قالوا: إزالة ملك؛ فجاز أخذ العوض عنه؛ كالخلع.

قلنا: الوصف غير مسلَّم فى الفرع؛ لأنه لم يملكْ ما يزيله، وإنما ملك أن يملك، ولم يملك بَعْدُ؛ يدل عليه: أنَّ منافع الشقصِ للمشترى، ويخالف الخلع؛ فإنه أزَالَ ملكَهُ عن البضع؛ فصح، والشفيعُ لم يملكْ ما يزيلُ ملكَهُ عنه؛ فلم يصحُّ.

وفى شفعته وجهان:

أحدهما: تسقط؛ لأنه أعرض عن طلبها من غير عذر.

والثانى: لا تسقط، وهو الصحيح؛ لأنه تركها على عوضٍ، ولم يسلم له العوض؛ فبقى على شفعته؛ كما لو باع بيعًا فاسدًا لما لم يسلّم له الثمن، كان على حقّه.

فصل: وإن أخذ الشقصِ بالثمن فى ذمَّته، ثم أنقده، فاستحقّ - فهو على شفعته، وعليه بدله. وإن أخذه بثمن معيّن، فاستحق بأنْ قامتْ عليه بينةٌ بأنه مغصوبٌ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه تسقطُ الشفعة؛ لأنه ترك الأخذ الذى يملك به الشقص من غير عذرٍ.

والثانى: أنه لا تسقطُ؛ لأنه استحقَّ الشقص بمثل الثمن فى الذمَّة، فإذا عينه فيما لا يملكُ، سقط التعيينُ، وبقى الاستحقاقُ؛ كما لو اشترى شيئًا بثمن فى الذمَّة، ووزن فيه ما لم يملك، ولأنه يجوز أن يعتقد أنه له، أو تغلط البينة عليه.

فصل: وإنْ وكّل رجلًا فى شراء شِقْصٍ، فاشتراه له، فقال الشفيع للموكّل: قد تركْتُ لك الشفعةَ - صحّ، وإن قال للوكيل: قد تركْتُ لك الشفعة: قال فى الإيضاح: فله أن يطالبَ المشترى له، وكان حقه على اثنين، إلا أن يقول: أردتُّ بهذا العفو عنها أصلًا؛ فيسقط حقّه. قال: ولو خاطبه أجنبى وسأله تركها، فقال: قد تركتُهَا لك، أو لأجلك، أو لموضع سؤالك - سقط حقُّه من الشفعة؛ لأنَّ - هكذا - جرتِ العادةُ بتَرْكِ الحقّ عن السؤالِ؛ فسقط.

فصل: وإنْ قال: آخذ نصفَ الشقصِ بالشفعةِ: فقد قيل: تسقط شفعته؛ وهو قولُ محمد بن الحسن؛ لأنه لما طلب أخذ النصفِ، فقد ترك الشفعةَ؛ لأنها لا تتبعَّض.

وقال أبو يوسف[1]: لم تسقطْ؛ لأنه لمَّا لم يجز له أن يأخذ بعضها، جعل طلبه للنصف؛ كطلب الجميع.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل): وإن وجبت له الشفعة، وهو محبوس، أو مريض، أو غائب؛ نظرت: فإن لم يقدر على الطلب، ولا على التوكيل، ولا

---

(١) قال فى بدائع الصنائع (٥/ ٢١): ولو سلم الشفعة فى النصف بطلت فى الكل؛ لأنه لما سلم فى النصف بطل حقه فى النصف المسلم فيه بصريح الإسقاط، وبطل حقه فى النصف الباقى؛ لأنه لا يملك تفريق الصفقة على المشترى فبطلت شفعته فى الكل . ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليما منه للشفعة فى الكل؟ اختلف فيه أبو يوسف ومحمد، قال أبو يوسف: لا يكون تسليما . وقال محمد: يكون تسليما فى الكل إلا أن يكون سبق منه طلب الكل بالشفعة فلم يسلم له المشترى، فقال له حينئذ: أعطنى نصفها على أن أسلم لك النصف الباقى - فإن هذا لا يكون تسليما .

(وجه) قول محمد: أنه لما طلب النصف بالشفعة فقد أبطل حقه فى النصف الآخر؛ لأنه ترك الطلب فيه مع القدرة عليه، وذا دليل الرضا؛ فبطل حقه فيه فيبطل حقه فى النصف المطلوب؛ ضرورةَ تعذرِ تفريق الصفقة على المشترى، بخلاف ما إذا كان سبق منه الطلب فى الكل؛ لأنه لما طلب فى الكل فقد تقرر حقه فى الكل، ولم يكن قوله بعد ذلك: أعطنى النصف على أن أسلم لك النصف الباقى تسليما، بخلاف ما إذا قال ابتداء؛ لأن الحق لم يتقرر بعد .

(وجه) قول أبى يوسف: أن الحق ثبت له فى كل الدار، والحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط ولم يوجد؛ فبقى كما كان إن شاء أخذ الكل بالشفعة وإن شاء ترك، وجواب محمد - رحمه الله - عن هذا: أنه وجد منه الإسقاط فى النصف الذى لم يطلبه من طريق الدلالة على ما بينا، والله سبحانه وتعالى أعلم .

على الإشهاد، فهو على شفعته؛ لأنه ترك بعذرٍ.

وإن قدر على التوكيل؛ فلم يوكل، ففيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: وهو قول القاضى أبى حامدٍ: أنه تسقط شفعته؛ لأنه ترك الطلب مع القدرة، فأشبه إذا قدر على الطلب بنفسه، فترك.

والثانى: وهو قول أبى على الطبرى: أنه لا تسقط؛ لأن التوكيل إن كان بعوضٍ، لزمه غرم، وفيه ضرر، وإن كان بغير عوضٍ، احتاج إلى التزامِ منه، وفى تحملها مشقة، وذلك عذر، فلم تسقط به الشفعة.

ومن أصحابنا من قال: إن وجد من يتطوع بالوكالة، سقطت شفعته؛ لأنه ترك الطلب من غير ضررٍ، فإن لم يجد من يتطوع، لم تسقط؛ لأنه ترك للضرر.

وإن عجز عن التوكيل، وقدر على الإشهاد، فلم يشهد، ففيه قولان:

أحدهما: تسقط شفعته؛ لأن الترك قد يكون للزهد، وقد يكون للعجز، وقد قدر على أن يبين ذلك بالشهادة، فإذا لم يفعل، سقطت شفعته.

والثانى: لا تسقط؛ لأن عذره فى الترك ظاهر، فلم يحتج معه إلى الشهادة.

(فصل): وإن قال: أخرت الطلب؛ لأنى لم أصدق، فإن كان قد أخبره عدلان، سقطت شفعته؛ لأنه أخبره من يثبت بقوله الحقوق.

وإن أخبره حر، أو عبد، أو امرأة؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا تسقط؛ لأنه ليس ببينةٍ.

والثانى: تسقط؛ لأنه أخبره من يجب تصديقه فى الخبر، وهذا من باب الإخبار فوجب تصديقهم فيه.

(فصل) فإن قال المشترى: اشتريت بمائة فعفا الشفيع، ثم بان أنه اشترى بخمسين فهو على شفعته؛ لأنه عفا عن الشفعة لعذر، وهو أنه لا يرضاه بمائة أو ليس معه مائة، وإن قال: اشتريت بخمسين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بمائة لم يكن له أن يطالب لأن من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة، وإن قال: اشتريت نصفه بمائة فعفا، ثم بان أنه قد اشترى جميعه بمائة فهو على شفعته، لأن من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة.

وإن قال: اشتريت بأحد النقدين، فعفى، ثم بان أنه كان قد اشتراه بالنقد الآخر؛ فهو على شفعته؛ لأنه يجوز أن يكون عفا لإعواز أحد النقدين عنده، أو لحاجته إليه.

وإن قال: اشتريت الشقص، فعفا، ثم بان أنه كان وكيلًا فيه، وإنما المشترى غيره، فهو على شفعته؛ لأنه قد يرضى مشاركة الوكيل، ولا يرضى مشاركة الموكل.

(الشرح) قوله: «التزام مِنَّةٍ»[1] أى: صنيعة يتحملها له فيمنُّ بها عليه، والمَنُّ: تعداد المعطى على المعطى عطاءه.

قوله: «للزهد» الزهد: خلاف الرغبة، يقال: زهد فيه - بالكسر - يزهد زهدًا وزهادة: إذا لم يرغب فيه، ومنه سمى الزاهد؛ لأنه لم يرغب فى الدنيا.

الأحكام: إنْ وجبتْ له الشفعةُ، وهو محبوسٌ أو مريضٌ أو غائبٌ - نظرْت -:

فإنْ لم يقدرْ على الطلب بأنْ كان محبوسًا بغير حقٍّ: كالذى يحبسه ظالمٌ، أو يكون عليه دَيْن وهو مُعْسِرٌ به، أو كان مريضًا بالحمَّى والصداع الكبير، أو كان غائبًا لا يقدرُ على المسيرِ؛ لعدمِ الرُّفْقة وخوفِ الطريقِ، ولا يقدر على التوكيلِ، ولا على الإشهاد - فهو على شفعته؛ لأنه ترك ذلك لعُذْر.

وإن قدر على التوكيلِ فيما يوكّل -ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها - وهو قول القاضى أبى حامد الإسفراييني، وهو المذهب - أنه تسقطُ شفعتُهُ؛ لأنه ترك الطلب مع القدرة؛ فأشبه إذا قدر على الطلبِ بنفسه؛ فتركه.

والثانى - وهو قول أبى على الطبرى - أنه لا تسقط؛ لأنَّ التوكيلَ إنْ كان بعوضٍ، لزمه غُرْمه، وفيه ضرر، وإن كان بغير عوض، احتاج إلى التزامِ مُنَّتِهِ، وفى حملها مشقَّة، وذلك عُذْرٌ؛ فلم تسقطُ به الشفعة.

والثالث - ومن أصحابنا من قال: إن وجد من يتطَّوع بالوكالة، سقطت شفعتُهُ؛ لأنَّه ترك الطلب من غير ضررٍ، وإن لم يجدْ من يتطوَّع، لم تسقطْ شفعته؛ لأنه ترك للضرر.

وإن عجز عن التوكيل، وقدر على الإشهادِ على طلبِ الشفعةِ، ولم يُشْهدْ -ففيه قولان:

أحدهما: أنه تسقط شفعته؛ لأنَّ الترك قد يكون للزهد فى الشفعة، وقد يكونُ

(١) ينظر النظم (٢/ ٣٠).

للعجز، وقد قدر أن يبين ذلك بالشهادة، فإذا لم يَفْعَلْ، سقطَتْ شفعته.

والثاني: لا تسقط؛ لأن عذره فى الترك ظاهرٌ؛ فلا يحتاج معه إلى الإشهاد؛ كما لو كان معه فى المِصْر، وترك الطلب فى الحال؛ لعُذْرٍ من ليلٍ أو أكلٍ أو طهارةٍ وصلاةٍ؛ فإنه لا يسقطُ حقُّه بترك الإشهادِ.

وإن قدر على الطلب بنفسه: بأنْ يكون محبوسًا بدَيْن، وهو يقدرُ على قضائِه فلا يقضيه، أو به مرضٌ يسير لا يمنعُ من المطالبة: كالصداع اليسير ونحوه، أو أمكنه السير لوجود الرُّفْقة، وأمنِ الطريق، فلم يطلبْ بنفسه، ولا وكَّل فى الطلب -: سقط حقُّه من الشفعة؛ لأنه أخر الطلب لغير عذر.

وإن خرج هذا المحبوس أو هذا المريض فى طلب الشفعةِ فى الحالِ، أو وكَّل فى طلبها، ولم يُشْهِدْ على الطلب - لم يسقط حقُّه من الشفعة وجهًا واحدًا.

وإنْ أخذ المسافر فى السَّيْر لطلبِ الشفعةِ، أو وكَّل فى طلبها، أو أشهد على الطلب فى الحال -فهو على شُفْعته.

وإن لم يُشْهِدْ على الطلب مع القدرة على الإشهاد، فهو على القولين فيه إذا لم يقدرْ على المسير، وترك الإشهاد مع القدرة عليه.

فصل: إذا بلغَتْهُ الشفعةُ؛ فترك الطلبَ، وقال: أخَّرْتُ؛ لأنِّى لم أُصَدِّقْ من أخبرنى - نظرْت -:

فإن كان قد أخبره عَدْلانِ، أو رجلٌ وامرأتانِ عدول - سقطَتْ شفعته؛ لأنَّه أخبره مَنْ تثبت بقوله الحقوقُ؛ لأنه كان يمكنه أنْ يأتى بها إلى الحاكم فيقضى له بها.

وإن أخبره عدل، ففيه وجهان:

أحدهما: تسقط شفعته؛ لأن الواحد حجةٌ؛ لأنه كان يمكنه أن يأتى به الحاكمَ، ويحلف معه؛ فيقضى له به، ولأنه أخبره من يجبُ تصديقُهُ فى الخبر، وهذا مِنْ باب الإخبار؛ فوجَبَ تصديقه فيه.

والثانى: لا تسقط؛ لأن الواحد ليس ببينة فيه.

وإن أخبره عبد أو امرأة يقبَلُ خبرها، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يسقط حقُّه من الشفعة؛ لأنه ليس ببينة.

والثانى: يسقط؛ لأنَّه يجبُ تصديقه فى الخبر.

وإن أخبره صبىٌّ، لم تسقطْ شفعته؛ لأنَّ خبره لا يقبلُ. وحكى عن أبى يوسف

أنه قال: تسقط؛ لأن خبره يقبَلُ فى قبول الهدية، ودخول الدار؛ فكذلك فى هذا.

فصل: وإن كان بين رجُلَيْنِ دارٌ بمكَّة، فخرجا إلى مصر، وباع أحدهما نصيبَهُ، فترك الآخر طلب الشفعة حتَّى رجعا إلى مكَّة، ثم طلب الشفعة - لم يكنْ له ذلك؛ لأنَّه ترك الطلب مع الإمكان؛ فسقط حقُّه من الشفعة؛ لأنَّ الطلب لا يقفُ على تسليم الشقصَ؛ فأشبَهَ إذا كان وقْتَ وجوب الشفعة بمكة؛ فأخرَّ الطلب.

فصل: إذا كان بين شريكينِ دارٌ: لكلٍّ واحد منهما نصفها، فاشترَى رجُلٌ من أحدهما النصف منها، وقال للشفيع: اشتريته بمائة، فعفا الشفيع عن الشفعة، ثم بان أنه كان المشترى بخمسين، أو أنه اشترَى ذلك بخمسين - فهو على شفعته؛ لأنه عفا عن الشفعة لعذر، وهو أنه لا يرضاه بمائةٍ، أو ليس معه مائة.

وإن قال: اشتريته بمائة حالَّةٍ، فعفا عن الشفعة، ثم بان أنه كان اشتراه بمائة مؤجَّلة، فهو على شفعته؛ لما ذكرناه.

وإن قال: اشتريتُ بخمسين، فعفا، ثم بان أنه كان قد اشترى بمائة - لم يكنْ له أن يطالبَ بالشفعة؛ لأنَّ من لا يرضى الشقْصَ بخمسين، لا يرضاه بمائة.

وإن قال: اشتريتُ بمائةٍ مؤجَّلة، فعفا، ثم بان أنه كان اشتراه بمائةٍ حالَّة - لم يكنْ له أن يطالب بالشفعةِ؛ لأن مَنْ لا يرضى الشقصِ بمائةٍ مؤجَّلة، لا يرضاه بمائة حالة.

فصل: وإنْ قال: اشتريتُ نصف الشقصِ - وهو ربعُ الدارِ - بمائةٍ، فعفا، ثم بان أنه كان قد اشترى جميعَ الشقصِ - وهو نصفُ الدارِ - بمائةٍ؛ فهو على شفعته؛ لأنه لم يرضَ بترك الشفعةِ فى المبيع.

وإن قال: اشتريتُ الشقص، أى: نصف الدار، بمائةٍ فعفا، ثم بان أنه كان قد اشترى نصفه بمائة، لم يكن له أن يطالب بالشفعة؛ لأن مَنْ لا يرضى الشقصَ، وهو النصفُ، بمائةٍ، لا يرضَى نصفه، وهو الربع، بمائة؛ لأنه إذا زهد فى أخذ النصف بمائةٍ، فهو فى أخذ الربع بالمائة أزهد.

وإن قال: اشتريتُ النصْفَ بمائة، ثم بان أنه اشترَى الربُعَ بخمسين، أو قال: اشتريتُ الربع بخمسين، فعفا، ثم بان أنه اشترى النصفَ بمائة - فهو على شفعتِهِ؛ لأنه قد يكون له غرض فى القليل، وقد يكون له غرض فى الكثير.

فصل: وإن قال: اشتريتُ بأحد النقدَيْن، فعفا، ثم بان أنه قد اشترى بالنقد

الآخر: بأنْ أظهر أنه اشترى بدراهمَ، ثم بان أنه اشترى بدنانير - فهو على شفعتِهِ، سواءٌ كانت قيمةُ الدراهم أكثر أو أقلَّ.

وقال أبو حنيفة[١]: إذا كانتْ قيمتها سواءً، سقطَتْ شفعته.

دليلنا: هو أنه يجوز أن يكونَ عفا؛ لإعواز أحد النقدَيْن عنده، أو لحاجته إليه.

فصل: وإنْ قال: اشتريتُ الشقص الذى فى شركتِكَ، فعفا من الشفعة، ثم بان أنه كان وكيلًا فيه، وأنَّ الشرى لغيره - فهو على شفعته؛ لأنه قد يرضى مشاركةَ الوكيلِ، ولا يرضى مشاركةَ الموكِّل.

وإن قال: اشتريتُ لفلان، فعفا، ثم بان أنه كان اشتراه لنفسه - فهو على شفعته؛ لأنه قد يرضى مشاركة الموكِّل، ولا يرضى مشاركة الوكيل.

فصل: وإذا اشترى النصْفَ اثنانِ، فبلغ الشفيع أنه اشترى أحدهما، فعفا، ثم بان أنهما اشترياه - فهو على شفعته، وله أن يأخذَهُ منهما ومِنْ كلٍّ واحد منهما؛ لأنه تركه على أنه اشترى الجميع، فإذا بان أنه اشترى البعض، لم يسقطْ حقُّه من الشفعة؛ لما تقدَّم، ولا يسقط حقُّه فى حق الآخر؛ لأنه لم يتركْ له.

فصل: وإن قال المشترى: اشتريتُ الشقص بمائةٍ، فأخذه الشفيع بالمائةِ، ثم جاء البائعُ، وأقام البينة أنه باعه بمائتَيْن - أخذ منه المائتين، ولم يكنْ للمشترى أن يطالبَ الشفيعَ بمائةٍ، سواءٌ قال: ظلمنى البائع، أو كنتُ نَسِيتُ المائة الأخرى؛ لأنه لا يقبل

---

(١) قال فى بدائع الصنائع (٥/١٩): ولو أخبر أنها بيعت بألف درهم، ثم تبين أنها بيعت بمائة دينار -: فإن كانت قيمتها ألفا أو أكثر فلا شفعة له، وإن كانت أقل فهو على شفعته عند أصحابنا الثلاثة - رضى الله عنهم - وقال زفر - رحمه الله -: له الشفعة فى الوجهين جميعا . (وجه) قول زفر: أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة، واعتبار الحقائق هو الأصل، والغرض يختلف باختلاف الجنس؛ لأنه قد يتيسر عليه جنس ويتعذر عليه الآخر فلم يقع التسليم محصلا لغرضه فيبقى على شفعته؛ كما لو أخبر أنها بيعت بحنطة فسلم، ثم تبين أنها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة . (ولنا): أن الدراهم والدنانير فى حق الثمنية كجنس واحد؛ لأنهما أثمان الأشياء، وقيمتهما تقوم الأشياء بها تقويما واحدا، أعنى أنها تقوم بهذا مرة وبذاك أخرى، وإنما يختلفان فى القدر لا غير؛ فوجب اعتبار قدر قيمتهما فى الكثرة والقلة، كما إذا أخبر أنها بيعت بألف درهم أو بمائة دينار فسلم، ثم تبين أنها بيعت بأكثر أو بأقل على ما بينا، كذا هذا، بخلاف ما إذا أخبر أنها بيعت بحنطة فسلم، ثم تبين أنها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة أو أقل أو أكثر؛ لأن هناك اختلف؛ إذ الحنطة والشعير جنسان مختلفان على الإطلاق، واختلاف الجنس يوجب اختلاف الغرض؛ فلم يصح التسليم .

قوله على الشفيع فى ذلك؛ كما لو قال: لفلان عليَّ ألفٌ، ثم قال: نسيت أنى قضيته نصف ذلكَ - لم يقبلْ قوله على المقرِّ له.

وقال أبو حنيفة[1] : يأخذه الشفيعُ بالمائتين.

دليلنا: ما تقدَّم، ولأنه أقرَّ أنه لا يستحقُّ الزيادة؛ فلم يأخذ بأكثر مِنْ مائة؛ كما لو لم يقم البائع البينة.

قالوا: قد ثبتت المائتانِ بالقضاءِ؛ فأشبَهَ إذا لم يقر.

قلنا: قد ثبت ذلك فى حقِّ البائع دون حقِّ الشفيع؛ كما إذا أقرَّ بحرِّية عبد غيره؛ ثم اشتراه، ثبت رقه فى حقِّ البائع دون المشترى؛ فكذلك هاهنا.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): وإن وجبت له الشفعة، فباع حصته، فإن كان بعد العلم بالشفعة؛ سقطت شفعته؛ لأنه ليس له ملك يستحق به.

وإن باع قبل العلم بالشفعة، ففيه وجهان:

(١) قال فى المبسوط (١٤/ ١٠٧): وإن اختلف البائع، والمشترى، والشفيع فى الثمن قبل نقد الثمن، والدار مقبوضة، أو غير مقبوضة، فالقول قول البائع فى الثمن ويثبت حكم التحالف بين البائع والمشترى بالنص، وللشفيع أن يأخذ بما قال البائع إن شاء؛ لأن الشرع لما جعل القول قول البائع ظهر مقدار الثمن فى حقه بخبره، وإنما لم يظهر فى إلزام المشترى، وليس فى جانب الشفيع إلزام، بل هو مخير فيأخذه بما قال البائع إن شاء، وإن كانت الدار فى يد المشترى، فقال البائع: بعتها بألف درهم واستوفيت الثمن، وقال المشترى: اشتريتها بألفين - فللشفيع أن يأخذ بألف درهم . ولو قال البائع: بعتها إياه واستوفيت الثمن، وهو ألف درهم، وقال المشترى: اشتريتها بألفين ونقدته الثمن - لم يأخذها الشفيع إلا بألفين؛ لأن حكم البيع فى حق البائع ينتهى بوصول الثمن إليه، فإذا بدأ فأقر بجميع قبض الثمن قبل أن يبين مقداره، فقد انتهى حكم العقد فى حقه وصار هو كأجنبى آخر؛ فلا قول له بعد ذلك فى بيان مقدار الثمن ويبقى الاختلاف بين الشفيع والمشترى، فيكون القول قول المشترى، فأما إذا بدأ ببيان مقدار الثمن قبل أن يقر بقبضه، فقد ظهر أن الثمن ذلك القدر بخبره؛ لأن الشرع جعل القول قوله ما لم يصل إليه الثمن؛ وثبت للشفيع حق الأخذ بذلك الثمن، فلا يبطل ذلك عليه بإقرار البائع بقبض الثمن بعد ذلك، . . . وفرع أبو يوسف - رحمه الله - فى الأمالى على هذا، فقال: لو كانت الدار فى يد البائع، فقال: بعتها إياه بألف درهم واستوفيت الثمن وأخذها الشفيع من يده بألف - فالمشترى على حجته فيما بينه وبين البائع يرجع عليه بألفين إن أثبت أن الثمن ألفا درهم، وهو صحيح؛ لأن البيع انفسخ فيما بين البائع والمشترى فيرجع بما أوفاه من الثمن، ولو قال البائع: بعتها بألفين ولم أنقد إلا ألف درهم، ولم يأخذها المشترى ولا الشفيع إلا بألفين؛ لأن القول فى إثبات مقدار الثمن قول البائع ما لم يصل إليه كمال الثمن .

أحدهما: تسقط؛ لأنه زال السبب الذى يستحق به الشفعة، وهو الملك الذى يخاف الضرر بسببه.

والثانى: لا تسقط؛ لأنه وجبت له الشفعة، والشركة موجودة، فلا تسقط بالبيع بعده.

(فصل): ومن وجبت له الشفعة فى شقصٍ، لم يجز أن يأخذ البعض، ويعفو عن البعض؛ لأن فى ذلك إضرارًا بالمشترى فى تفريق الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر.

فإن أخذ البعض، وترك البعض، سقطت شفعته؛ لأنه لا يتبعض، فإذا عفا عن البعض، سقط الجميع؛ كالقصاص.

وإن اشترى شقصين من أرضين فى عقدٍ واحدٍ، فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، وهو الأظهر، لما فيه من الإضرار بالمشترى فى تفريق الصفقة عليه.

والثانى: يجوز؛ لأن الشفعة جعلت لدفع الضرر، وربما كان الضرر فى أحدهما دون الآخر، فإن كان البائع أو المشترى اثنين، جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فجاز أن يأخذ أحدهما دون الآخر، كما لو اشتراه فى عقدين (متفرقين).

(الشرح) قوله: «لأنه لا يتبعض»، البعضية: مصدر صناعى من البعض، وبعض الشىء: الطائفة منه، وبعضهم يقول الجزء منه، والجمع: أبعاض.

قال ثعلب: أجمع أهل النحو على أن البعض: شىء من شىء، أو شىء من أشياء، وهذا يتناول ما فوق النصف، كالثمانية؛ فإنه يصدق عليه أنه شىء من العشرة، ويتناول أيضًا ما دون النصف.

وبعضت الشىء تبعيضًا: جعلته أبعاضًا متمايزة.

وفى اصطلاح الفقهاء لا يخرج عن معناه اللغوى.

الأحكام: إذا وجبتِ له الشفعةُ، فباع جميعَ حصَّته - نظرْت -:

فإن كان بعد العلمِ بالشفعةِ -سقطَتْ شفعته؛ لأنه ليس له ملكٌ يستحقُّ به الشفعة.

وإن باع قبل العلم بالشفعة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنها تسقطُ؛ لأنه زال السبب الذى يستحقُّ به الشفعة، وهو الملكُ الذى يخاف الضرر بسببه؛ فسقطَتْ؛ كما لو علم الشفعة.

والثانى: لا تسقطُ؛ لأنه وجبتْ له الشفعة، والشركة موجودةٌ؛ فلا تسقطُ بالبيع بعده.

وإن باع بعض حصَّته، وقلنا فى المسألة قبلها: إنَّ الشفعة تسقط - فهاهنا فيه وجهان:

أحدهما: تسقط؛ لأن الشفعةَ استحقَّت بجميع الحصَّة، فإذا سقَطَت فى البعضِ، سقطت فى الجميع؛ كما لو عفا عن بعض الشفعة.

والثانى: لا تسقط؛ لأنه قد بقى من نصيبه ما تستحقُّ به الشفعة فى جميع المبيعِ إذا انفرَدَ؛ فكذلك إذا بقى.

فصل: ومَنْ وجبَتْ له الشفعة فى شقص، لم يجز أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض؛ لأنَّ فى ذلك إضرارًا بالمشترى فى تفريق الصفقةِ عليه، والضرر لا يزال بالضرر، ويفارق إذا اشترى شقصًا، وسيفًا لأنه دخل على الرضا بتفريقِ الصفقةِ عليه حين علم أن الشفعةَ لا تكونُ فى السَّيْف.

وإن أخذ البعضَ وترَكَ البعض، سقطتْ شفعته؛ لأنه لا يتبعَّض، فإذا عفا عن البعض، سقط الجميع؛ كالقصاص.

فصل: وإن اشترى شقصَيْن من أرضين أو دارَيْن فى عقدٍ واحدٍ، وأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما بحصَّته من الثمن، ويعفو عن الآخر - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز، وهو الأظهَرُ؛ لما فيه من الإضرار بالمشترى، وتفريقِ الصفقةِ عليه؛ كما لو كان المبيعُ شقصًا واحدًا.

والثانى: أنه يجوزُ؛ لأن الشفعة جعلَتْ لدفع الضرر، وربمَّا يخاف الضرر فى أحدهما دون الآخر؛ فكان كما لو عقد عليهما فى صفقتَيْن؛ يدلُّ عليه: أن الشفعة لو كانتْ لاثنين، لكان لأحدهما أن يأخذ أحد الشقصين مع ترك صاحبه الشقصَ الآخر.

فإن كان البائع أو المشترى اثنَيْن، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة نصيَب أحدهما دون الآخر؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدانِ؛ فجاز أن يأخذ فى أحدهما دون الآخر؛ كما لو اشتراه فى عقدين متفرقَيْن.

فصل: وإن باع أحدُ الشريكَيْن بعضَ نصيبه من رجلٍ، ثم باع منه الباقى، ثم علم شريكه - كان له أن يأخذ جميعَ الشقصِ المبيع أوَّلًا وثانيًا بالشفعة، وله أن يأخذ أحدهما ويدع الآخر؛ لأنَّ لكل واحد من العقدين حُكْمَ نفسه، فإن عفا عن الأوَّل، وأراد أخذ الثانى، شاركه المشترى بنصيبه الأوَّل.

وقال أبو حنيفة: ليس له أن يأخذ النصيبين؛ وإنما له أن يأخذ الأوَّل، ونصف الثانى؛ وحكى هذا عن بعض أصحابنا؛ لأن ملكه ثبت على الأول، فإذا اشترى الثانى؛ كان شريكًا بالنصيب الأوَّل.

والمذهب: الأول؛ لأن ملكه على الأوَّل لم يستقرَّ؛ لأن للشفيع أخذه؛ فلا يستحقُّ به الشفعة؛ كما لو رهن بعضه واشترى الباقى.

فصل: إذا كان بين ثلاثةٍ دارٌ، فوكَّل أحدهم أحَدَ الشركاء فى بيعِ نصيبِهِ، فباع نصيبَهُ ونصيبَ الموكّل كلَّه صفقةً واحدةً - كان للشريك الثالثِ أخذ الجميعِ بالشفعةِ، وهل له أن يأخذ أحد النصيبَيْن ويترك الآخر؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لأن الملك لاثنيْن؛ فهو كما لو توليا العقد بأنفسهما.

والثانى: ليس له ذلك؛ لأن العاقد واحد من الطرفين.

فصل: وإن باع أحد الشريكين نصيبه مِنْ رجلَيْن، كان للشفيع أن يأخذ منهما ومِنْ أحدهما دون الآخر.

وقال أبو حنيفة: يجوزُ ذلك بعد القبض، ولا يجوز قبله فى إحدى الروايتَيْن عنه.

دليلنا: هو أنهما مشتريان؛ فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر؛ كما لو كان بعد القبضِ.

وإن باع نصيبه من ثلاثة أنفُسٍ صفقةً واحدةً، كان ذلك فى حكم ثلاثة عقود؛ فلشريكه أن يأخذ من الثلاثةِ، وله أن يأخذ من اثنَيْن، وله أن يأخذ من واحدٍ. فإنْ عفا عن نصيب أحدهم، لم يكنْ له أن يشاركه فى الشفعة فى نصيبِ الآخرين؛ لأن ملك هذا المعفوّ عن نصيبه، لم يسبقْ ملك الآخرين؛ لأن الثلاثة ملكوا دفعةً واحدةً، والشُّفعة إنما تستحقُّ بملك سابقٍ لملك المشترى.

وإن باع أحدهما نصيبَهُ من ثلاثةِ أنفُسٍ فى ثلاثة عقودٍ عقدًا بعد عقد، فعفا الشريكُ عن الشفعة فى نصيب المشترى الأوَّل، وطلب من الآخرَيْن - شاركه المشترى الأوَّلُ فى الشفعة فى نصيب الآخرين؛ لأن ملكه ثابتٌ لشرائهما، وهكذا

إن عفا عن الأوَّل والثانى، شاركاه فى الشفعة فى نصيب الثالثِ.

فإن عفا عن الشفعة فى نصيب الثانى والثالث، وأخذ بالشفعة من الأوَّل، لم يشاركاه؛ لأنَّهما حين وجوب الشفعة لم يكنْ لهما ملك.

فصل: وإن كان بين ثلاثةِ أنفسٍ أرضٌ، وباع اثنانِ نصيبهما مِنْ رجل - كان للثالث أن يأخذ مِنَ المشترِى بالشُّفْعة جميعَ ما اشتراه، وله أن يأخذ حصَّة أحد البائعين ويترك حصة الآخر.

وقال مالك[1]، وأبو حنيفة: ليس له أن يأخذ نصيبَ أحدهما.

دليلنا: هو أنه عقد فى أحد طرفَيْه عاقدان؛ فجاز تبعيضه فى الأخذ بالشفعة؛ كما لو كان المشترى اثنَيْن، والبائعُ واحدًا.

فإنْ قيل: المعنى فى الأصل: أنه إذا أخذ نصيب أحد المشتريَيْن، لم تتبعَّض الصفقة:

قلنا: على أصلنا لا تتبعَّضُ الصفقةُ عليه؛ لأن العقد على نصيب كلِّ واحد منهما صفقة بانفرادها.

فإن قيل: المعنى فى الأصلِ: أنه إذا أخذ نصيبَ أحد المشتريَيْن، فله فى ذلك غرض، وهو أن يعلم أنَّ أحدهما مساعد على مصالح الملك، والآخر معاندٌ لا يوافقه على مؤنته ومصالحه؛ فيأخذ نصيبه ليزيل الضرر عن نفسه، وإذا كان المشترى واحدًا بخلافه؛ لأنه ليس فى التبعيضِ عليه غَرَضٌ:

قلنا: ينتقضُ به إذا اشتراه منهما أو من أحدهما صفقتَيْن فى وقتَيْن؛ فإنَّ له أن يأخذ إحدى الصفقتَيْن، ويترك الأخرى. وينتقض بالردِّ بالعيب؛ فإنَّ للمشترى أنْ يَرُدَّ نصيبَ أحدِ البائعَيْن بالعيبِ، ويمسك نصيب الآخر، وأى غرض له فى تبعيض ذلك وهو يمكنه أن يردَّه عليهما؟: فسقَطَ ما قاله.

فصل: وإن باع أحدُ الشريكين بعضَ نصيبه من الدارِ من أجنبى، ثم باع الشريكُ الآخر نصيبه: فهل للأوَّل أن يأخذ ما باع شريكُهُ بالشفعة؟ قيل: فيه وجهان:

---

(١) قال فى حاشية الدسوقى (٣/ ٤٩٠): لو كانت الدار المشتركة بين ثلاثة أثلاثا فباع واحد حصته لأجنبى، وأسقط الثانى حقه من الأخذ بالشفعة قبل أن يأخذ الثالث - فيقال للثالث: إما أن تأخذ الثلث المبيع بتمامه، أو تتركه للمشترى بتمامه، وليس له أن يأخذ نصفه فقط إلا إذا رضى المشترى .

أحدهما: ليس له ذلك؛ لأنَّ الشفعة وجبَتْ لدفع الضرر، وقد اختار الأوَّل إدخالَ الضرر عليه ببيعه بعضَ نصيبه.

والثانى: له الشفعةُ بالباقى؛ لأن سبب الأخذ موجودٌ، وهو الشركة.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): وإن كان للشقص شفعاء، نظرت: فإن حضروا وطلبوا، أخذوا.

فإن كانت حصة بعضهم أكثر، ففيه قولان:

أحَدهما: أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الرؤوس، وهو قول المزنى؛ لأن كل واحدِ منهم لو انفرد، أخذ الجميع، فإذا اجتمعوا تساووا، كما لو تساووا فى الملك.

والثانى: أنه يقسم بينهم على قدر الأنصباء؛ لأنه حق يستحق بسبب الملك، فيقسط عند الاشتراك على قدر الإملاك؛ كأجرة الدكان، وثمرة البستان.

وإن عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقون جميعه؛ لأن فى أخذ البعض إضرارًا بالمشترى، فإن جعل بعضهم حصته لبعض الشركاء؛ لم يصح بل يكون لجميعهم؛ لأن ذلك عفو، وليس بهبةٍ، وإن حضر بعضهم أخذ جميعه، فإن حضر آخر، قاسمه، وإن حضر الثالث، قاسمهما؛ لأنا بينا أنه لا يجوز التبعيض.

فإن أخذ الحاضر الشقص، وزاد فى يده؛ بأن كان نخلًا فأثمرت، ثم قدم الغائب قاسمه على الشقص دون الثمار؛ لأن الثمار حديث فى ملك الحاضر، فاختص بها.

وإن قال الحاضر: أنا آخذ بقدر مالى؛ لم يجز.

وهل تسقط شفعته؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبى على بن أبى هريرة: أنها تسقط؛ لأنه قدر على أخذ الجميع، وقد تركه.

والثانى - وهو قول أبى إسحاق -: أنها لا تسقط؛ لأنه تركه بعذرٍ، وهو أنه يخشى أن يقدم الغائب، فينتزعه منه، والترك للعذر؛ لا يسقط الشفعة، كما قلنا فيمن أظهر له المشترى ثمنًا كثيرًا، فترك، ثم بان بخلافه.

(الشرح) الأحكام: إن كان للشقْصِ شفعاء بأنْ كانتِ الدار أو الأرض بين أربعةِ شركاء؛ فباع أحدهم نصيبه - فإنَّ الشفعة تجبُ لشركائه الثلاثة، فإنْ حضروا أو طلبوا أخذه بالشفعة، فإنْ كانتْ حصَّة بعضهم أكثَرَ -ففيه قولان:

أحدهما: أن الشقص يقسمُ بينهم على عدد الرءوس؛ فيكون لكلٍّ واحد منهم ثلاثة، وهو قولُ المزنى، ومذهبُ أبى حنيفة[١].

والثانى: يقسم بينهم على قدر الأنصباء، وبه قال مالك، وأحمد، وإسحاق، وهو الصحيحُ؛ لأنه حقٌّ يستحق بسبب الملك؛ فسقط عن الاشتراك على قدر الأملاك؛ كأجرة الدكان وثمرة البستان، والدليل على الوصف: أنه لابدَّ من وجود الملك، ولأن الشفعة إنما جعلَتْ لدفع الضرر، ومن زاد ماله زاد ضرره؛ فوجب أن يكون حقُّه أكثرَ.

قالوا: بسبب الشفعة ملك الشقص لا قَدْرهُ، وقد استووا فى السبب؛ فلم يقدمْ أحدهم؛ كالابنين فى الميراث، وكما لو ادعى رجلانِ ملكًا، وأقام أحدهما شاهدَيْن، والآخر أربعةً، أو أعتق أحد الشركاء سُدُسَه، والآخر ثلثه.

قلنا: ينكسر بالغنيمة؛ فإنَّ سببها الحضور، وقد استوى الفارس والراجل فى الحضور، ثم فضل الفارسُ على الراجلِ، ويخالف الابنين؛ فإنهما مستويان فى البنوَّة هاهنا، ويختلفان فى الملك؛ فهو كالأخت من الأب والأمِّ والأختِ من الأب، والشهادةُ ليسَتْ بسبب للاستحقاقِ، وهاهنا: الملك سبب للاستحقاق، وقد

(١) قال فى الجوهرة النيرة (١/ ٢٨١): (قوله: وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رءوسهم بالسوية ولا يعتبر اختلاف الأملاك) . . . وصورتها: دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها، فباع صاحب النصف جميع نصيبه وطلب الشريكان الشفعة - قضى بها بينهما نصفين عندنا ولو حضر واحد من الشفعاء أولا وأثبت شفعته فإن القاضى يقضى له بجميعها، ثم إذا حضر شفيع آخر وأثبت الشفعة قضى له بنصف الدار، ولو أن رجلا اشترى دارا وهو شفيعها، ثم جاء شفيع مثله قضى له بنصفها، وإن جاء شفيع أولى منه قضى له بجميعها، وإن جاء شفيع دونه فلا شفعة له، كذا فى الخجندى، قال فى شرحه: إذا كان للدار شفعاء، فحضر بعضهم وغاب بعضهم، فطلب الحاضر ثبت له حق الشفعة فى الجميع؛ لأن الغائب يجوز أن يطلب ويجوز ألا يطلب؛ فلا يسقط حق الحاضر بالشك، فإن جاء الغائب وطلب حقه شاركه، وإن كان الحاضر قال فى غيبة الغائب: أنا آخذ النصف، أو الثلث وهو مقدار حقه - لم يكن له ذلك بل يأخذ الجميع - إن شاء - أو يدع . وفى الينابيع: إذا طلب الحاضر نصف الدار بطلت شفعته: سواء ظن أنه لا يستحق سوى ذلك، أو لم يظن فإن قال الحاضر: لما جاء الغائب يطلب الشفعة: إما أن تأخذ الكل أو تدع، فقال الغائب: لا آخذ إلا النصف - فله أن يأخذ النصف ولا يلزمه أكثر منه فإن جعل بعض الشفعاء حقه لبعض لم يكن له ذلك، ويسقط حق الجاعل، ويقسم على عدد من بقى، فإذا كان للدار شفيعان فسلم أحدهما لم يكن للآخر إلا أن يأخذ الكل أو يدع .

تفاوتا فيه، وأما العتق: فهو إتلاف، والإتلاف بالثلث والسدس واحدٌ، وهذا يملكُ بمال؛ فوزانه: ما يملكه صاحبُ الثلث والسدس بعتقِ صاحبِ النصف.

فصل: فإن قلنا: إنها على عدد الرءوس، كان الشقص بين الثلاثة بالسوية بكلِّ حال، وإن قلنا: إنها على قدر الأنصباء، كان لكلِّ واحد منهم الربعُ، وهم فيه سواءٌ؛ فيكون لكل واحد منهم ثلث الشقص، وتصحُّ الجملة من اثنى عشر: لكلِّ واحد منهم أربعة أسهم.

وإن كان لواحد النصفُ، ولكلِّ واحد من الآخرين الثمن، والمبيع: الربع - كان لصاحب النصفِ ثلثا الشقص، وللآخرين الثلث، وتصحُّ الجملة من أربعة من أربعة وعشرين: لصاحبِ النصفِ مع الذى حصل له الشفعة ستةَ عشَرَ، ولكل واحد من الآخرين أربعةٌ، وعلى هذا الاعتبار أبدًا.

فصل: وإن عفا أحدهم عن حقِّه، أخذ الآخران جميعه، وإن عفا اثنان عن حقهما، أخذ الثالث جميعه؛ لأنَّ الحق لهم ولكلِّ واحد من آحادهم، وإنما يتضاربون فيه إذا ضاق ذلك عنهم، فإذا عفا بعضهم، ارتفع حقه، وخلص الحقُّ فيه للطالب، وإنما كان الحق لجميعهم ولكلِّ واحد منهم؛ لأن المعنى الذى وجبتِ الشفعةُ لأجله من الضرر بالقِسْمة وتجديد المرافق وإحداث المنافع - موجودٌ فى تبعيض الشفعةِ بين العافى والطالب من المستحقِّين؛ فلذلك كان على ما ذكرناه.

فصل: فإن قال هذا الطالب: أنا آخذ بقدر حصتى من الشقص، وأترك الباقى، لم يكنْ له ذلك، وهكذا: إن عفا، ثم حضر الآخران، وأرادا أن يأخذا الثلثين - لم يكنْ لهما ذلك، أو عفا أحدهما، وأراد الآخر أن يأخذ الثلث - لم يكن له ذلك؛ لأن فى أخذ البعض إضرارًا بالمشترى فى تبعيض الصفقة عليه، ويفارقُ من اشترى شقصًا وسيفًا؛ لأنه دخل على الرضا بتفريقِ الصفقةِ عليه؛ حيث علم أن الشفعة لا تثبتُ فى السيف، وإن جعل بعضهم حصَّته لبعض الشركاء، لم يصحَّ؛ بل يكون لجميعهم؛ لأنَّ ذلك عفو، وليس بهبة.

فصل: وإن حضر أحدُهُمْ والآخران غائبان، أخذ جميع الشقص؛ لأنه ليس هاهنا شفيع يطلب الشفعة سواه، ولا يمكن أن يؤخرّ حقّه إلى قدوم الغائبين؛ لأن فى ذلك إضرارًا به؛ فأشبه إذا حضر الجميع، وعفا منهم اثنان، وطلبها الثالث، فإنَّ أخذها ثمَّ حضر أحد الغائبين، قاسَمَهُ فيأخذ منه النصف؛ لأنَّ الشركة كانتْ موجودةً فى حال

البيع، وإنما جعل للأول أن يأخذ الجميع؛ لأنه لم يحضرْ معه شفيعٌ يطالب بالشفعة، فإذا حضر، وطالَبَ بها، فقد صارا اثنَيْن؛ فكانت بينهما نصفَيْن، فإنْ حضر الثالثُ، قاسمهما، فَيَأخذ منهما الثلث؛ لأن الشركة كانتْ موجودة له - أيضًا - فإذا حضر وطالَبَ، كان له نصيبه كالذى قبله. فإن عفا الثانى والثالث عن الشفعة، استقرَّ الجميع لمن أخذه؛ كما لو حضرا فى الابتداء، وعفوا عنها.

فصل: وإن أخذ الحاضرُ الشقصَ، وزاد فى يده؛ بأنْ يكون فى الأرض نخلٌ، فأثمرَتْ فى يده، ثم قدم أحد الغائبين، وطلب بالشفعة - قاسمه على الشقصِ دون الثمارِ، ولأن الثمار حديثٌ فى ملك الحاضر، فاختصَّ بها؛ كما لو حدث فى يد المشترى قبل الأخذ بالشفعة؛ وهكذا إذا عفا الأوّل، وأخذه الثانى، وحصلَتِ الثمرة فى يده، وحضر الثالث -قاسمه على الشقص دون الثمرة؛ لما ذكرناه.

فصل: وإنْ عفا الشريكُ الحاضر عن الشفعة، ثم حضر الآخران - كان لهما أخذ الجميع، وهكذا إن عفا الحاضر، ثم حضر أحد الغائبين، وعفا، ثم حضر الثالث - كان له أخذ الجميع، وإن قال الحاضر: أنا آخذ بقدر مالى، أو قال: لا آخذ، ولا أعفو حتى يحضر شركائى: فإن أخذا، أخذتُ معهما، وإن عفوا، أخذْتُ الجميع - لم يجزْ، وهل تسقطُ شفعتُهُ بذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو قول أبى على بن أبى هريرة -: إنها تسقط؛ لأنه قدر على أخذ الجميعِ، وقد تركه.

والثانى - وهو قول أبى العباس بن سريج، وأبى إسحاق المروزى -: إنها لا تسقط؛ لأنه تركها لعذر، وهو أنه يخشى أن يقدمَ الغائبُ، فينزعه منه، والترك بالعذر لا يسقطُ الشفعة؛ كما قلنا فيمن أظهر له المشترى ثمنًا كبيرًا، ثم بان بخلافه.

قال أبو العباس: فإنْ أخذه الأوّل، ثم حضر الثانى، وقال: أنا آخذ ثلُثَ ما فى يَدِكَ، ولا آخذ النصف؛ لئلَّا يحضر الثالث فيأخذ منى ثلث ما أخذْتُ - كان له ذلك؛ لأنه يأخذ دون حقِّه، ويفارق الشفيع الأوّل؛ لأن فى أخذه بعضَ الشقصِ تبعيضًا للصفقة على المشترى.

قيل: وفيه نظر؛ لأنه يريد أن يأخذ بعضَ ما يخصُّه قبل حضور الثالث، وليس لأحد الشفيعَيْن أن يقولَ: أنا آخذ بعض ما يخصُّنى. وفرَّع أبو العباس على هذا فقال: إذا حضر الثانى، فأخذ ثلث ما فى يد الأوّل من الشقص. ، وهو سهمان من

ستة من الشقصِ، ثم حضر الثالث - فله أن يأخذ من الثانى ثلث ما فى يده، وهو ثلثا سهم من السهمَيْن، وهو سدسُ جميع الشِقصِ، ولا يسقط حقُّه عنه بما تركه له فى يد الأوَّل.

قال: ثم يضم ما معه وهو سدس جميعِ الشقصِ، إلى ما فى يد الأوَّل، وهو أربعة أسهمٍ؛ فيكون أربعة أسهم وثلثَى سهم من ستة أسهم يقسمانها نصفَيْن، ووجهه: أنه يطالب الأوَّل، بثلث نصيبه، وهو سهم من ثلاثةٍ، وثلث السدس الذى تركه الثانى؛ لأنه لو أخذه، لأخذ ثلثه ويبقى ثلثا هذا السهم الذى تركه الثانى، وسقط حقُّه عنه، فيقسمانه بينهما؛ فيحصل له ذلك مِنْ أربع جهات، ويخالف الثانى؛ لأنه ترك شيئًا من حقِّه؛ فيكون المأخوذ بالشفعة ثمانية عشر بينهم. : للأول سبعة أسهم، وللثالث سبعة، وللثانى أربعة.

قال: فإن حضرهم شفيعٌ رابع، أخذ من الثانى سهمًا، وهو ربع ما فى يده، وضمَّه إلى ما فى يد الأوَّل والثالث؛ فيصير خمسةَ عشَرَ سهمًا يقسمونها أثلاثًا؛ فيصير لكلِّ واحد منهم خمسة، فإنْ أخذ الأوَّلُ الشقصَ بالشفعةِ، ثم وجد به عيبًا، فردَّه، ثم حضر الثانى -كان له أَخْذُ جميعِ الشقص.

وحكى عن محمد بن الحسن أنه قال: لا يأخذ إلا حقه؛ لأنَّ الأول لم يعفُ عن الشفعة، وإنما ردَّ ذلك لأجل العيب؛ فلم يوفر نصيبه على الآخر؛ فهو كما لو رجع إليه بنصيبِ أحدِهما بسبب آخر.

دليلنا: هو أن الشفيع فسخ ملكه، ورجع إلى المشترى بالسبب الأوَّل، ويفارق عوده بسبب آخر؛ لأنه عاد بغير الملك الذى تعلَّقت به الشفعة.

فصل: فإنْ حضر من الشركاءِ اثنانِ، فأخذا الشقص بالشفعة، ثم حضر الثالث، وأحد الشريكين غائب: فإنْ قضى له القاضى على الغائب، ففى الذى يأخذ مِنَ الحاضر وجهان:

أحدهما: يأخذ منه الثلث؛ لأنه قدر ما يستحقُّه فى يده.

والثانى: يأخذ منه النصف؛ لأن بغيبة أحدهما صارا كأنهما شريكان؛ فقسم بينهما بالسوية.

وإذا حضر الآخر: فإنْ كان أخذ من الحاضر ثلث ما فى يده، أخذ من هذا - أيضًا - ثلث ما فى يده، وإن كان أخذ مِنَ الحاضر نصف ما فى يده، أخذ مِنْ هذا

سدس ما في يده؛ فيتم بذلك نصيبه، وتصحُّ الجملة من ثمانيةٍ وأربعين: المبيع منها اثنا عَشَرَ بينهما، وقد أخذ كل واحد من الأولين منه ستة أسهم، فإذا أخذ الثالث مِنْ أحدهما سهمَيْن، وهو ثلث ما في يده، أخذ من الآخَرِ سهمَيْن. وإن أخذ مِنْ أحدهما نصف ما في يده، وهو ثلاثة أسهم، أخذ من الآخر بينهما، وهو سدس ما في يده؛ فيتم له أربعة أسهم، وذلك ثلث ما له مِنَ الشقص المبيع.

فصل: فإنْ أخذ الحاضران الشقصَ بالشفعةِ واقتسماه، ثم حضر الثالثُ، وطالَبَ بالشفعة - بطلَتِ القسمةُ؛ لأنَّ القسمة - وإنْ وقعَتْ صحيحةً - إلا أنه آخِذٌ بالشفعة؛ فكان كأنه مشاركٌ في حال القسمةِ لثبوت حقِّه؛ ألَا تَرَى أنه إذا باع المشترى الشقصَ، ثم حضر الشفيع - كان له إبطالُ البيعِ، وإن كان قد صحَّ؟

فإنْ قيل: كيف تصحُّ القسمة والشريك الثالث غير حاضر؟

قلنا: يحتمُ أن يكون قد وكّل في القسمة قبل بيعِ الشقصِ، أو قبل علمه بالبيعِ، أو يكون الحاضران رفعا الأمر إلى القاضِي، وسألاه القسمةَ عن الغائب، فقاسمهما، والغائبُ على شفعته.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل): وإن كان المشترى شريكًا؛ بأن كان بين ثلاثةٍ دار، فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكيه؛ لم يكن للشريك الثانى أن يأخذ الجميع؛ لأن المشترى أحد الشريكين، فلم يجز للآخر أن يأخذ الجميع، كما لو كان المشترى أجنبيًا.

وقال أبو العباس: للشريك أن يأخذ الجميع؛ لأنا لو قلنا: إنه يأخذ النصف، لتركنا النصف على المشترى بالشفعة، والإنسان لا يأخذ بالشفعة من نفسه.

والمذهب الأول: لأن المشترى لا يأخذ النصف من نفسه بالشفعة، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ الجميع، ويبقى الباقى على ملكه.

(فصل): وإن ورث رجلان من أبيهما دارًا، ثم مات أحدهما، وخلف ابنين، ثم باع أحد هذين الاثنين حصته؛ ففى الشفعة قولان:

أحدهما: أن الشفعة بين الأخ والعم - وهو الصحيح - لأنهما شريكان للمشترى، فاشتركا فى الشفعة؛ كما لو ملكاه بسببٍ واحدٍ.

والثانى: أنها للأخ دون العم؛ لأن الأخ أقرب إليه فى الشركة؛ لأنهما ملكاه بسببٍ واحدٍ، والعم ملك بسببٍ قبلهما؛ فعلى هذا إن عفا الأخ عن حقه؛ فهل يستحق

العم؟ فيه وجهان:

أحدهما: يستحق به؛ لأنه شريك، وإنما قدم الأخ عليه؛ لأنه أقرب فى الشركة، فإذا ترك الأخ؛ ثبت للعم، كما نقول فيمن قتل رجلين: إنه يقتل بالأول؛ لأن حقه أسبق، فإذا عفا ولى الأول؛ قتل بالثانى.

الوجه الثانى: أنه لا يستحق؛ لأنه لم يستحق الشفعة وقت الوجوب، فلم يستحق بعده.

وإن كان بين ثلاثة أنفسٍ دار؛ فباع أحدهم نصيبه من رجلين، وعفا شريكاه عن الشفعة، ثم باع أحد المشتريين نصيبه؛ فعلى القولين:

أحدهما: أن الشفعة للمشترى الآخر؛ لأنهما ملكاه بسببٍ واحدٍ، والشريكان الآخران، ملكاه بسببٍ سابقٍ لملك المشتريين.

والثانى: أنها بين الجميع؛ لأن الجميع شركاء فى الملك فى حال وجوب الشفعة.

وإن مات رجل عن دارٍ، وخلف ابنتين وأختين، ثم باعت إحدى الأختين نصيبها؛ ففيه طريقان:

من أصحابنا من قال: هى على القولين:

أحدهما: أن الشفعة للأخت؛ لأنها ملكت مع الأخت بسببٍ واحدٍ، وملك البنات بسببٍ آخر.

والثانى: أن الشفعة بين البنات والأخت؛ لأن الجميع شركاء فى الملك.

ومنهم من قال: إن الشفعة بين البنات، والأخت قولًا واحدًا؛ لأن الجميع (ملكن) الشقص فى وقتٍ واحدٍ، لم يسبق بعضهن بعضًا.

(الشرح) الأحكام: إن كان للمشترَى شريكان: بأن كان بين ثلاثةٍ دارٌ، فباع أحدهم نصيبه من أحد الشريكَيْن - لم يكنْ للمشترى الثانى أنْ يأخذ الجميعَ؛ بل ثبتَتْ له الشفعة فى النصفِ، ويبقى النصف للمشترِى، وبه قال مالك، وأبو حنيفة؛ لأنَّ المشترى أحد الشريكين؛ فلا يجوزُ للآخر أن يأخذ الجميعَ؛ كما لو كان المشترى أجنبيًا.

وقال أبو العباس بن سريج: له أن يأخذ الجميعَ؛ ويحكى مِثْلُهُ عن الحسن البصرى؛ لأنا لو قلنا: إنه يأخذ النصفَ، لتركنا النصف الآخر عن المشترِى بالشفعةِ، والإنسانُ لا يأخذُ بالشفعة مِنْ نفسه.

والمذهب: الأولُ؛ لأنَّ المشترى لا يأخذ النصْفَ من نفسه بالشفعة، وإنما منع الشريك أنْ يأخذ الجميع؛ فيبقَى الباقى على مِلكْه؛ لأنه أَوْلَى به من الشريكِ الآخر، ولا يمنع أن يستحقَّ الإنسان على نفسه لأَجْل تعلُّق حق الغير به، ولو لم يكنْ مرهونًا: لم يتعلَّقْ به.

فإنْ قلنا: إنَّ المشترى لا حق له من جهة الشفعة، كان الشريكُ الآخر بالخيار بين أن يأخُذَ جميعَ الشقصِ المبيع أو يترك.

وإن قلنا: إن المشترى يثبتُ له حقٌّ مِنْ جهة الشفعة، كان الشريك الآخر بالخيار بين أن يأخذ نصفَ الشقصِ المبيع أو يترك.

فإنْ قال له المشترى: خذ الكلَّ، أو دع الكل؛ فإنى قد أسقطْتُ حقِّى من الشفعة - لم يلزمهُ ذلك، ولم يصحَّ إسقاطه للشفعة؛ لأن ملكه استقرَّ على النصف، وجرى مجرى الشفيعَيْن إذا حضر أحدهما أو غاب الآخر، فإذا أخذ الحاضر جميع الشقصِ بالشفعةِ، ثم حضر الغائبُ، كان له أن يأخذ نصْفَ النصيبِ، فإن قال الحاضر: خُذِ الكلَّ، أو دع الكلَّ؛ فإنى قد أسقطْتُ الشفعة - لم يكنْ له العفو، وهذا المشترى إنما ملَكَ بالشراء لا بالشفعة:

قلنا: شراؤه يضمن اختيار الملك، وذلك يغنى عن الأخذ بالشفعة، وجرى مجراه.

فإن قيل: الرضا بالبيع لا يجرى مجرى الرضا بالشفعة؛ أَلَا تَرَى لو أن الشفيع قال للمشترى: اشترِ، فقد أذنتُ لك، ورضيتُ بشرائك لم يسقطْ بذلك شفعتُهُ؛ ولذلك لا يكون رضاه بالبيع بمنزلة الرضا بالأخذ بالشفعة.

قلنا: إذنه للمشترى وإظهار الرضا قد يكون له فيه غرضٌ، وهو أن يسترخصَهُ ولا يزيد فى ثمنه لأَجْلِ الشفيعِ؛ فلا يكون كالرضا بعد العقد، وهاهنا بخلافه؛ فإنه لا وجه للشراء إلا لأجل اختيَارِ التمُّلك للشقص؛ فافترقا.

فإنْ قيل: ففيه تبعيضُ الصفقة على المشترى:

قلنا: التبعيضُ اقتضاه دخولُهُ فى العقد؛ فصار التبعيضُ كالرضا منه به؛ كما قلنا فى الشفيع الحاضر إذا أَخَذَ جميعَ الشقصِ، وكما لو اشترى شقصًا وسيفًا؛ فإنَّ الصفقة تبعَّض عليه؛ لأنه دخل على ذلك؛ فكذلك هاهنا.

فصل: وإن ورث رجلانِ مِنْ أبيهما أرضًا أو دارًا، ثمَّ مات أحدهما، وخلَّف

اثنين، ثم باع أحدُ هذَيْن الاثنين نصيبَهُ، وهو الربعُ، ففى الشفعة قولان:

أحدهما: أنَّ الشفعة بين الأخ والعمِّ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وهو اختيار المزنى، وهو الصحيح.

والثانى: أنها للأخ دون العمِّ، وبه قال مالك.

دليل الأوَّل: هو أنهما شريكانِ للمشترى؛ فاشتركا فى الشفعةِ؛ كما لو ملكا بسببٍ واحدٍ.

قالوا: الأخ أقربُ إليه فى الشركة؛ لأنهما ملكاه بسبب، والعمُّ ملك بسبب قبلهما؛ فكان الأخ أحقَّ من العم؛ كالشريك لما كان أقرب من الجارِ، كان أحقَّ منه بالشفعة؛ ولهذا: لو قُسِّمَتِ الدارُ، كانا حزبًا، والعم حزبًا.

قلنا: الاعتبار بوجود الملكِ حينَ الاستحقاقِ دون السببِ، وهما فيه سواءٌ عند الاستحقاقِ، وأما القسمة: فإنَّ القاسم يجعلُ الدار أربعة أسهم: اثنان للعم، ولكلِّ واحد منهما سهم؛ كما يفعل ذلك فى القراض.

فإنْ قلنا: إنَّ الأخ أحقُّ، فعفا الأخ عن الشفعة: فهل يستحقُّ العم الشفعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: يستحقُّ، وهو الصحيحُ؛ لأنَّ الشركة التى بها تستحق الشفعة كانت موجودةً له وقت العقد، وإنما قدم الأخ عليه؛ لأنه أقرب فى الشركة، فإذا ترك الأخ، ثبتت للعم؛ كما نقول فيمن قتل رجلَيْن: إنه يقتل بالأوَّل؛ لأنَّ حقّه أسبق، فإذا عفا ولى الأوَّل، قتل بالثانى، والوجه الثانى. أنَّه لا يستحقُّ الشفعة وقت الوجوب؛ فلم يستحق بعده.

فصل: وإنْ كان بين ثلاثةِ أنفُسٍ دارٌ، فباع أحدُهُمْ نصيبَهُ من رجلَيْنِ، وعفا شريكاه عن الشفعة، ثم باع أحد المشترين نصيبَهُ؛ فعلى قولين:

أحدهما: أنَّ الشفعة للمشترى الآخر دون غيره؛ لأنهما ملكَّاه بسبب واحدٍ، والشريكان الآخران ملكاه بسبب سابقٍ لملك المشترى.

والثانى: أنها بين الجميع؛ لأن الجميع شركاء فى الملكِ فى حالِ وجوبِ الشفعة.

فصل: وإنْ وَرِثَ ثلاثةُ رجال من أبيهم دارًا، ثم مات أحدهم، وخلف ابنًا، ثم باع أحد العمين نصيبَهُ -فهو على القولَيْن:

أحدهما: أنَّ الأخ أحقُّ بالشفعة من ابن الأخ.

والثانى: أن الشفعة له ولابنِ أخيه؛ كالمسألة التى قبلها؛ لأن ملك أحد الأخوين أقرب إلى ملك الآخر مِنْ ملك ابن أخيه، ويحتمل أن تكون الشفعة لهما قولًا واحدًا؛ لأن ابن الأخ يقومُ مقامَ أبيه؛ فيكون سببه وسبب العم واحدًا، وفى المسألة الأوْلَى لا يقومُ أحدُ الأخوَيْن مقام أبيه؛ فلا يكونُ هو وعمه سواء فيهما.

فصل: وإنْ مات رجلٌ عن دارٍ، وخلف بنتين وأختين، ثم باعت إحدَى الأختَيْن نصيبها -ففيه طريقان:

مِنْ أصحابنا من قال: هى على قولَيْن:

أحدهما: أن الشفعة للأختِ؛ لأنَّها ملكَتْ مع الأخت بسببٍ واحدٍ، وهو الأخوة، وملك البنتين بسبب آخر، وهو البنوة؛ فكان ملك إحدى الأختين أقرَبَ إلى ملك الأخرى مِنْ ملك البنتين.

والثانى: أن الشفعة بين البنتَيْن والأخت قول واحد؛ لأن الجميع ملكوا الشقص فى وقتٍ واحدٍ لم يسبقْ بعضهم بعضًا.

فصل: وإن اشترَى رجلٌ نصف دار، واشترى آخران النصفَ الآخر، ثم باع أحد الرجلَيْن نصيبه، وهو الربعُ: فهل الشفعةُ للآخر الذى شاركه فى الشراء أَوْ لَهُ ولصاحبِ النصف؟ هو على القولَيْن؛ لاختلاف سبب الملك.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل): وإن تصرف المشترى فى الشقص، ثم حضر الشفيع؛ نظرت: فإن تصرف بما لا تستحق به الشفعة؛ كالوقف، والهبة، والرهن، والإجارة فللشفيع أن يفسخ ويأخذ؛ لأن حقه سابق للتصرف، ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ، فملك الفسخ.

وإن تصرف بما تستحق به الشفعة؛ كالبيع، والصداق؛ فهو بالخيار بين أن يفسخ ويأخذ بالعقد الأول، وبين أن يأخذ بالعقد الثانى؛ لأنه شفيع بالعقدين؛ فجاز أن يأخذ بما شاء منهما.

وإن قابل البائع، أو رده عليه بعيبٍ؛ فللشفيع أن يفسخ الإقالة والرد بالعيب، ويأخذه؛ لأن حقه سابق، ولا يمكن الأخذ مع الإقالة، والرد بالعيب، فملك الفسخ.

وإن تحالفا على الثمن، وفسخ العقد؛ جاز للشفيع أن يأخذ بالثمن الذى حلف عليه البائع؛ لأن البائع أقر للمشترى

وللشفيع بالشفعة بالثمن الذى حلف عليه، فإذا بطل حق المشترى بالتحالف بقى حق الشفيع.

وإن اشترى شقصًا بعبدٍ، ووجد البائع بالعبد عيبًا، ورده قبل أن يأخذ الشفيع؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يقدم الشفيع؛ لأن حقه سابق؛ لأنه ثبت بالعقد، وحق البائع ثبت بالرد.

والثانى: أن البائع أولى؛ لأن فى تقديم الشفيع إضرارًا بالبائع فى إسقاط حقه من الرد، والضرر لا يزال بالضرر.

وإن أصدق امرأته شقصًا، وطلقها قبل الدخول، وقبل أن يأخذ الشفيع؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يقدم الزوج على الشفيع؛ لأن حق الزوج أقوى؛ لأنه ثبت بنص الكتاب، وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد، فقدم حق الزوج.

والثانى: يقدم الشفيع؛ لأن حقه سابق؛ لأنه ثبت بالعقد، وحق الزوج ثبت بالطلاق.

(الشرح) قوله: «بخبر الواحد»[1] هو الذى يرويه واحد لا يتابع عليه، وعند أهل الأصول: هو ما لم يقع العلم به، وإن رواه العدد الكثير، وهو ضد التواتر؛ ولذلك قيل: ما لم يبلغ مبلغ التواتر، وعلى هذا فيصدق على المشهور، والعزيز، والغريب.

قوله: «والمشهور» الشهرة بالضم فى اللغة ظهور الشىء فى شنعة أى ذيوعه وانتشاره وهو بهذا المعنى الواسع يشمل المتواتر والمستفيض والمشتهر على ألسنة الناس ولو لم يكن له سند، ويشمل المشهور عند أهل الحديث والعلم أو العوام، والمشهور عند طائفة خاصة كالمشهور عند أهل الحديث خاصة، أو عند الفقهاء، أو عند الأصوليين أو عند النحاة، أو المشهور بين العامة، أو المشهور عند الحنفية.

لذلك أطلقت الشهرة على كل ذلك، فابن الصلاح قد جعل المتواتر قسمًا من المشهور فقال:

ومن المشهور المتواتر الذى يذكره أهل الفقه وأصوله، وأهل الحديث لا

---

(١) ينظر النظم (٢/ ٣٠).

يذكرونه باسمه الخاص المشعر بمعناه الخاص.

والعزيز: ما جاء فى طبقة من طبقات رواته، أو أكثر من طبقة - اثنان، ولم يقل فى أى طبقة من طبقاته عنهما.

والغريب: ما جاء فى طبقة من طبقات رواته، أو أكثر - واحد تفرد بالرواية[1].

الأحكام: إنْ تصرَّف المشترى فى الشقصِ، ثم حضر الشفيع - نظَرْت -:

فإن تصرف بما لا يستحقُّ به الشفعةَ كالوقف والهبة والرهن والإجارة، فالشفيع أن يفسخ تصرفه ويأخذه بالشفعة؛ لأنَّ حقَّه سابق للتصرُّف، ومع بقاء التصرُّف لا يمكنُ الأخذ بالشفعة؛ فملك الفسخ.

وحكى عن الماسرجسى أنه قال: تبطل الشفعةُ فى الوقف؛ لأنَّ الشفعة تثبتُ فى المملوكِ، وقد خرج بالوَقْف عن أنْ يكون مملوكًا، وهذا يبطَلُ بالمريض إذا وقف، وعليه دَيْنٌ، ثم مات، ولم يخرج من الثلث.

فصل: وإنْ تصرَّف بما يستحق به الشفعة: بأنْ باعه أو جعله صداقًا فى نكاحٍ، أو عوضًا فى خلع -: صحَّ تصرُّفه، والشفيع بالخيار بين أن يفسخ العقد الأوّل، وبين أن يأخذ بالعقد الثانى؛ لأنه شفيع فى العقدَيْن؛ فجاز أن يأخذ بما شاء منهما.

وإن قايل المشترى البائع، أو ردَّه عليه بعيبٍ، فللشفيع أن يفسخ الإقالة، والردّ بالعيب، ويأخذ بالشفعة؛ لأن حقَّه سابق، ولا يمكن الأخذ بالشفعة مع الإقالة والرد بالعيب؛ لأنه فسخ، وليس بمعاوضة؛ ولهذا يتعيَّن فى الإقالةِ والردِّ العوضُ الأوّل؛ فيملك الفسخ، وإذا فسخ، أخذه بجميع الثمن، فإن كان المشترى قد أخذ مِنَ البائع أرش العيب؛ لحدوث عيب عنده، أخذه الشفيع بما بقى من الثمن بعد الأرش؛ لأن الذى أخذه من البائع بعض الثمن، وقد رجع إليه، وبقى الشقص مبيعًا بالباقى؛ فاستحقَّهُ الشفيع بمثل ذلك.

فصل: وإنِ اختلف البائعُ والمشترى فى قدر الثمنِ: فإنْ أقام المشترى بينةً بما ادعاه، حكم له بها، واستحقَّ الشفيع الأخذ بذلك القدر، وإن أقام البائعُ البينة بما ادَّعاه حكم له بها، وللشفيع أن يأخذ بما ذكره المشترى؛ لأنه قد أقرَّ بأنه لا يستحقُّ

---

(١) ينظر: مقدمة العزيز ١٢٧، ١٢٨، التحصيل من المحصول للأرموى ٢/ ١٣٠ البحر المحيط للزركشى ٤/ ٢٥٧، إرشاد الفحول للشوكانى ٤٦ .

على الشفيع أكثر من ذلك.

وإنْ أقام كلٌّ واحد منهما بينةً، تعارضَتا فى أصحِّ القولَيْن وسقطتا ويتحالفان:

فإذا تحالفا: فإنَّ للشفيع أن يأخذ الشقْصَ بما حلف عليه البائعُ، سواء قلنا: إن البيع ينفسخ بالتحالف، أو بفَسْخ الحاكم، أو فسخهما؛ لأنَّ البائع أقرَّ للمشترى بالملك، والشفيع بالشفعة بالثمن الذى حلف عليه؛ فإذا بطل حقُّ المشترى بالتحالف، بقى حق الشفيع، وإنما أخذه بما حَلَفَ عليه البائعُ؛ لأن المشترى إذا أراد أنْ يأخذه بعد يمين البائع، لم يكنْ له أن يأخذه بأقلَّ من ذلك؛ فكذلك الشفيع.

فصل: وإن اشترى شقصًا بعبدٍ، ووجد البائعُ بالعبد عيبًا، فرده على المشترى قبل أن يأخذ الشفيعُ الشقصَ بالشفعة -ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يقدم الشفيع؛ لأنَّ حقه سابقٌ؛ لأنه ثبت بالعقد، وحقّ البائع ثبت بالرد.

والثانى: أن البائع أولَى؛ لأن فى تقديم الشفيع إضرارًا بالبائع فى إسقاط حقِّه من الرد، والضرر لا يزال بالضرر.

فصل: وإنْ أصدق امرأتَهُ شقصًا، وطلَّقها قبل الدخول -نظرْت-:

فإنْ طلَّقها بعدما عفا الشفيع عن الشفعة، رجع فى نصف الشقصِ؛ لأنَّ حق الشفيع سقَطَ، والشقص فى يدها بصفته، وتعلقه بحق الشفيع قبل سقوطِهِ لا يمنعُهُ من الرجوع بعد سقوطه؛ ألَا تَرَى أنها لو باعته، ثم اشترته، ثم طلقها، رجع فى نصفه، وإن طلَّقها قبل أن يعفو، وقبل أن يأخذ بالشفعة -ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يقدَّم الزوج؛ لأن حقَّ الزوج أقوَى؛ لأنه ثبت بنصِّ الكتاب، وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد؛ فقدِّم حق الزوج.

والثانى: أنه يقدم الشفيع، وهو الأصحُّ؛ لأن حقه سابقٌ؛ لأنه ثبت بالعقد، وحق الزوج ثبت بالطلاق، ويعجل حقه فى الكتاب إذا لم يتعلَّق به حق غيره.

فصل: وإن كان بعد أخذه بالشفعة، رجع الزوجُ إلى قيمة نصف الشقصِ؛ لأن ملكها زال عنه؛ فهو كما لو باعتَهُ، ثمَّ طلقها، ويكون له قيمة نصف الشقص أقلّ ما كانت من حين العقد إلى حين القبض.

فصل: وإنْ أفلس المشترى بالثمن قبل أن يأخذ الشفيع الشقص، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يقدَّم البائع.

والثاني: أنه يقدَّم الشفيع.

فعلى هذا: فيه وجهان:

أحدهما: يؤخذ من الشفيع الثمن، ويدفع إلى البائع.

والثاني: أنه يكون أسوة الغرماء.

فصل: إذا وجبت له الشفعةُ، وقضى له القاضى بها، والشقص فى يد البائع، ودفع الثمن إلى المشترى، فقال البائع للشفيع: أقلنى، فأقاله - لم تصحَّ الإقالة؛ لأن الإقالة تصحَّ من المتبايعين، وليس الشفيع مالكًا من جهته، فإن باعه منه، لم يصح؛ لأنه باعه منه قبل القبض؛ فهو كما لو باع المبيع قبل القبض.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل): وإن اشترى شقصًا، وكان الشفيع غائبًا، فقاسم وكيله فى القسمة، أو رفع الأمر إلى الحاكم، فقاسمه، وغرس وبنى، ثم حضر الشفيع (وأنكر الوكالة) أو أظهر له ثمنًا كثيرًا، فقاسمه، ثم غرس وبنى، ثم بان خلافه، وأراد الأخذ: فإن اختار المشترى قلع الغراس والبناء؛ لم يمنع؛ لأنه ملكه، فملك نقله، ولا تلزمه تسوية الأرض؛ لأنه غير متعد.

وإن لم يختر القلع؛ فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن، والغراس والبناء بالقيمة، وبين أن يقلع الغراس والبناء، ويضمن ما بين قيمته قائمًا، ومقلوعًا؛ لأن النبى ﷺ قال: «لا ضرر ولا إضرار» ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك.

(فصل): وإن اشترى شقصًا، وحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع؛ نظرت: فإن كانت زيادته لا تتميز؛ كالفسيل إذا طال وامتلأ؛ فإن الشفيع يأخذه مع زيادته؛ لأن ما لا يتميز يتبع الأصل فى الملك كما يتبعه فى الرد بالعيب، وإن كانت متميزةً؛ كالثمرة فإن كانت ثمرةً ظاهرةً، لم يكن للشفيع فيها حق؛ لأن الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل؛ كما قلنا فى الرد بالعيب.

وإن كانت غير ظاهرةً؛ ففيها قولان:

قال «فى القديم»: تتبع الأصل، كما تتبع فى البيع.

وقال «فى الجديد»: لا تتبعه؛ لأنه استحقاق بغير تراضٍ، فلا يؤخذ به إلا ما دخل بالعقد، ويخالف البيع؛ لأنه استحقاق عن تراضٍ يقدر فيه على الاستثناء، فإذا لم

يستثن تبع الأصل.

(الشرح) قوله: «كالفسيل إذا طال وامتلأ»[١] الفسيل: صغار النخل. و «امتلأ» معناه: غلظ وجل.

و «الثمرة الظاهرة» كالطلع المؤبر، وما شاكله.

الأحكام: إنِ اشترَى شقصًا، وكان الشفيعُ غائبًا، وله وكيلٌ حاضر، فقاسم المشترى وكيلَهُ فى القسمة، أو رفَعَ الأمر إلى الحاكم، فقاسمه، فغرس وبنَى، ثم حضر الشفيع، وأنكر الوكالة، أو لم يكُنِ الموكِّل رأَى فى أخذها له حظًّا، وبان أنه كان الحظُّ فى الأخذ، أو فرَّط فى أخذها، أو كان الشفيع حاضرًا، وأظهر له المشترى ثمنًا كبيرًا، أو أنه رهنه له فقاسمه الشفيع، وغرس المشترى، وبنى، ثم بان أنَّ الثمن كان أقلَّ ممَّا أظهره، أو بان أنه اشتراه فى دعوى الهبة، وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة:

فإنِ اختار المشترى قلع الغراس والبناء، لا يمنعُ منه؛ لأنه ملكه؛ فملك نقله، ولا يلزمه تسوية الأرض؛ لأنه غير متعدٍّ؛ لأنه غرس وبنى فى ملكه، وما حدث فى النقصِ إنما حدثَ فى ملكه، وذلك مما لا يقابله الثمن؛ وإنما يقابل الثمن سهام الأرض: النصف والثلث والربع، ولا يقابل التراب.

وإن لم يختر القلع، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقصَ بالثمن والغراس والبناء بالقيمة، وبين أن يقلع الغراس والبناء، ويضمن ما بين قيمته قائمًا ومقلوعًا؛ لأن النبى ﷺ قال: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرار»، ولا يزولُ الضرر عنها إلا بذلك.

فصل: وليس له أن يجبره على قلع الغراس والبناء مِنْ غير أن يضمن له النقص، وبه قال مالك، وأحمد، وإسحاق.

وقال المزنى: يجبر على قلعه، وهو مذهبُ أبى حنيفة[٢].

---

(١) ينظر النظم (٢/ ٣٠).

(٢) قال فى العناية شرح الهداية (٩/ ٣٩٨): (وإذا بنى المشترى فيها أو غرس، ثم قضى للشفيع بالشفعة – فهو بالخيار: إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء كلف المشترى قلعه) وعن أبى يوسف: أنه لا يكلف القلع، ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك، . . . لأبى يوسف: أنه محق فى البناء؛ لأنه بناه على أن الدار ملكه، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان، وصار كالموهوب له والمشترى شراء فاسدا، وكما إذا زرع المشترى فإنه لا يكلف القلع؛ وهذا لأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين =

دليلنا: قوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»، ولأنه غراسٌ غير متعدٍّ به لم يشترطْ عليه قلعه؛ فلم يجبر على قلعه على وجه يلحقُهُ فيه ضرر؛ كالمستعير.

والدليل على أنه غير متعدٍّ: أنه لو رآه القاضى، لم يمنعه منه، ولأن ما أنبته المشترى لم يقلعْ لحقِّ الشفيع على وجه يلحقُهُ ضرره؛ كالزرع.

قالوا: بناء فى حقِّ الغير؛ فقلع من غير ضمان؛ كبناء الغاصب منعه الشرعُ من البناء، وهذا أذن له الشرع؛ فلا ينقض بالشرع ما أذن فيه الشرع. ولأن الغاصب يقلعُ زرعه، والمشترى لا يقلع زرعه، ولأنَّ ذلك غرس فى ملك غيره بغَيْر إذنه، وهذا غرس فى ملكه، وإنما لغيره فيه حق تملك؛ فهو كما لو غرس فيما وهب له من يملك الرجوع فى هبته.

قالوا: تصرف من جهة المشترى فى حقِّ الشفيع؛ فنقض كالبيع.

قلنا: هناك لو أخّر، نقض، والمشترى لو زرع لم ينقض، ولأنَّ العقود تفسخ بأسبابٍ، والغراس لا ينقض إلا بالعدوانِ، ولأنه لا ضرر على المشترى فى فَسْخ البيعِ؛ لأن أخذ الثمن من الشفيعِ والمشترى واحدٌ، وفى نقض البناءِ ضرَرٌ عليه.

قالوا: حق الشفيع أسبَقُ؛ فكان بالتقديم أحَقَّ؛ كبناء الرهن.

قلنا: الرهن أسبق، ثمَّ تقدّم الجناية عليه، ثم التقديم إنما يكونُ عند تعذُّر الجمع، ونحن نجمع بينهما، والجمع بين الحقَّيْن أولى، ويخالفُ الرهن؛ فإنه محبوسٌ بالدَّيْنْ؛ ولهذا لا يملك بيعه، وهذا يملكُ بيعه؛ فلم ينقضْ بناؤه وغراسه

= بتحمل الأدنى فيصار إليه . ووجه ظاهر الرواية: أنه بنى فى محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى فى المرهون؛ وهذا لأن حقه أقوى من حق المشترى لأنه يتقدم عليه، وهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته، بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبى حنيفة؛ لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق، ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف؛ ولهذا لا يبقى بعد البناء، وهذا الحق يبقى فلا معنى لإيجاب القيمة كما فى الاستحقاق، والزرع يقلع قياسا . وإنما لا يقلع استحسانا؛ لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر، وإن أخذ بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب. (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن) ؛ لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس، لا على البائع إن أخذها منه، ولا على المشترى إن أخذها منه، وعن أبى يوسف: أنه يرجع؛ لأنه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشترى، والفرق على ما هو المشهور: أن المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته، ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى؛ لأنه مجبور عليه

مِنْ غير ضمان.

فصل: وإن اشترى شقصًا من أرضٍ عليها نخلٌ، فحدثَتْ فيه زيادةٌ قبل أن يأخذه الشفيع -نَظَرْت -:

فإن كانتْ زيادة لا تتميَّز؛ كالفسِيل -بفتح الفاء وكسر السين بلا نقط - والفسِيلُ: الوَدِيُّ، وهو صغارُ النَّخْل إذا طال وامتلأ إلى غِلَظٍ، فإنَّ للشفيع أن يأخذه مع زيادتِهِ؛ لأن ما لا يتميَّز يتبع الأصلَ فى الملكِ؛ كما يتبعه فى الرد بالعيب.

وإن كانتْ زيادةً متميزة: كثمرة أطلعت فى ملك المشترى، وأبرّت، أو خرجت ظاهرة من الأصل - لم يكنْ للشفيع فيها حقٌّ؛ لأنَّ الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصْل؛ كما قلنا فى الردِّ بالعيب.

وإن كان ثمرة أطلعت، وهى غير ظاهرة، ففيها قولان:

قال فى القديم: تتبع الأصْلَ؛ فتكون للشفيع؛ كما تتبع الأصل فى البيع.

وقال فى الجديد: لا تتبعه؛ فتكون للمشترى؛ لأنه استحقاق بغير تراض؛ فلا يؤخذ به إلا ما دخل فى العقد، ويخالف البيع؛ لأنه استحقاق عن تراضٍ يقدر فيه على الاستثناء؛ فإذا لم يستثنَ: تبع الأصل.

وفى قوله: «يقدر فيه على الاستثناء»: احترازٌ من الحمل ونحوه؛ فإنه لا يصح استثناؤه.

فصل: وإن اشترَى الشقْصَ، وعلى النخل طلعٌ مؤبّر، فاشترطه المشترى - لم تثبتْ فيه الشفعة؛ وإنما يأخذ الأرض والنخل بحصّتهما من الثمر.

وإن اشتراه، وعليه طلعٌ غير مؤبَّر: فإن أخذ الشفيع بالشفعة قبل أن يؤبّر الثمرة - قال ابو الطيِّب الطبرىُّ: أخذه مع الثمن؛ لأنَّ هذه الثمرة تتبعُ الأصل فى البيع؛ فصارت كالنخل فى الأرض، وإنْ أخذ بالشفعة بعد أن يشقّق الطلع عنها، لم يتبعه الطلع فى الشفعة.

وقال غيره: فى أخذه - والثمرة غير ظاهرة - قولان:

أحدهما: تثبت فيه الشفعة.

والثانى: لا تثبت؛ بناءً على أن الطلع مقصودٌ فى البيع، أو هو تبع للنخل، وفيه قولان:

أحدهما: أنه مقصود له؛ فسقط من الثمن، وعلى هذا: ثبتت فيه الشفعة، وهذا

أقيَسُ؛ لأن هذا الطلع لو ثبَتَ حقّ الشفيع فيه، لوجَبَ أن يأخذه وأنْ يشقق؛ لأن ذلك زيادةٌ متصلةٌ، ويخالف الغراس؛ حيثُ قلنا: إنه يدخل فى الأخذ بالشفعة؛ لأنه يراد للبقاء فى الأرض والتأبيد.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص، ملك الأخذ من غير حكم الحاكم؛ لأن الشفعة ثابتة بالنص، والإجماع؛ فلم تفتقر إلى الحاكم؛ كالرد بالعيب.

فإن كان الشقص فى يد المشترى؛ أخذه منه؛ وإن كان فى يد البائع؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز أن يأخذ منه؛ لأنه استحق فملك الأخذ؛ كما لو كان فى يد المشترى.

والثانى: لا يجوز أن يأخذ منه، بل يجبر المشترى على القبض، ثم يأخذه منه؛ لأن الأخذ من البائع يؤدى إلى إسقاط الشفعة؛ لأنه يفوت به التسليم، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد، فإذا بطل العقد، سقطت الشفعة، وما أدى إثباته إلى إسقاطه، سقط.

(فصل): ويملك الشفيع الشقص بالأخذ؛ لأنه تملك مالٍ بالقهر، فوقع الملك فيه بالأخذ؛ كتملك المباحات.

ولا يثبت فيه خيار الشرط؛ لأن الشرط إنما يثبت مع تملك الاختيار، والشقص يؤخذ بالإجبار، فلم يصح فيه شرط الخيار.

وهل يثبت له خيار المجلس؟ فيه وجهان:

أحدهما: يثبت؛ لأنه تملك مالٍ بالثمن، فثبت فيه خيار المجلس؛ كالبيع.

والثانى: لا يثبت؛ لأنه إزالة ملكٍ لدفع الضرر، فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب.

(فصل): وإن وجد بالشقص عيبًا؛ فله أن يرده؛ لأنه ملكه بالثمن، فثبت له الرد بالعيب؛ كالمشترى فى البيع.

وإن خرج مستحقًا؛ رجع بالعهدة على المشترى؛ لأنه أخذ منه على أنه ملكه، فرجع بالعهدة عليه، كما لو اشتراه منه.

(الشرح) الأحكام: إذا أراد الشفيعُ أن يأخذ الشقصَ بالشفعةِ -نظرْت-:

فإن كان يعلَمُ قدر الثمن وقد شاهد الشقص - ملك الأخذ، وهو أن يقول: اخترت أخذ الشقص بالثمن الذى تم العقد عليه من غير رضا المشترى وحضوره من غير حكْمْ الحاكم.

وقال أبو حنيفة[1] : لا يأخذه بالشفعة حتى يحضر الثمن، ولا يقضى له القاضى بها حتى يحضر الثمن.

وحكى عن محمد بن الحسن: أن القاضى يؤجّله يومَيْن وثلاثة، ولا يأخذ إلا بحكم الحاكم لو رضى المشترى.

دليلنا: هو أن الشفعة ثابتةٌ بالنصّ والإجماعِ؛ فلم تفتقرْ إلى رضا المشترى وحكم الحاكم وإحضار الثمن؛ كالرد بالعيب؛ لأن الأخذ بالشفعة تمليكُ المبيع بعوضٍ؛ فلم يفتقرْ إلى إحضار العوض؛ كالبيعِ.

قالوا: الشفيعُ يأخذُ الشقْصَ بغير اختيار المشترِى؛ فلا يستحقُّ ذلك إلا بعد إحضار الثمنِ؛ ألا تَرَى أن المشترى لمَّا كان يستحقُّ تسليم المبيع بغير اختيارِ البائع، لم يكنْ له أخذُهُ إلا بعد إحضارِ الثمنِ.

قلنا: كلامُناَ فى الأخذِ بالشفعةِ، فأمَّا التسليمُ، فلا يستحقُّه إلا بعد إحضار الثمن.

فصل: وإنْ لم يعلمْ قدر الثمن، لم يصحَّ أخذه؛ لأنه تمليكٌ بعوض؛ فلم يصحَّ مع الجهل بالعوض؛ كالبيع، وهكذا إنْ قال: قد أخذتُهُ بالثمن: إن كان بمائة فما دونها، فكان مائة أو دونها - لم يَصِحّ الأخذ؛ لأنَّ ذلك لا يَصْلُحُ أن يعقد عليه

---

(١) القاضى يقضى بالشفعة سواء أحضر الشفيع الثمن أو لا، فى المشهور من الرواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، ويأمر الشفيع بتسليم الثمن إليه للحال، فإن لم يسلم: يحبسه ولا ينقض الأخذ بالشفعة - لأنه بمنزلة الشراء . فإن طلب منه: حتى يذهب ويحضر الثمن فالقاضى لا يحبسه؛ لأنه لم يوجد منه المطل، وإن طلب الأجل يوما أو يومين: فالقاضى يؤجله، إن رضى الخصم، وإلا فيحبسه . وقال محمد: لا ينبغى للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الثمن . فإذا أحضر الثمن يقضى بالشفعة، ويأمر الشفيع بتسليم الثمن إلى المشترى . فإن قضى القاضى له بالشفعة، قبل إحضار الثمن وأمر الشفيع بدفع الثمن إليه من ساعته فقال: «لا أنقده إلى يوم أو يومين» أو «إلى شهر»، وأبى المشترى أن يقبل ذلك، لا يفسخ قضاؤه ولا ينقض الأخذ بالشفعة، ولكن يحبسه . والاحتياط من القاضى ألا يقضى بالشفعة ما لم يؤجل للشفيع أجلا ويقول له: «إن لم تأت بالثمن إلى هذا الأجل فلا شفعة لك» حتى إذا امتنع وفرط فى الأداء: تبطل شفعته . فأما، بدون ذلك، إذا قضى بالشفعة: لا تبطل شفعته، بالتأخير . ينظر تحفة الفقهاء (٣/ ٧٥ - ٧٦) .

البيع؛ فلا يصحُّ الأخذ به في الشفعة.

وإن لم يكنْ شاهد الشقص - لم يكنْ أخذه، سواءٌ قلنا: يجوز بيع خيار الرؤية أو قلنا: لا يجوز؛ لأنا إن قلنا: يجوز، أثبتنا فيه خيار الرؤية برضا البائعِ؛ لأنه دخل على ذلك، وهاهنا: يأخذه الشفيع بغير رضا المشترِى؛ فلا يثبت الخيار، وينبغى ألا يبطل حقُّه من الشفعة فى مدَّة مسيره إلى رؤيته؛ لأنه معذورٌ فيه.

قال أبو العباس بن سريج: إلا أن يرضى المشترى بخيار الرؤية؛ فيجوز ذلك على القول الذى يجوزُ بيع خيار الرؤية.

وقال القاضى أبو الطيب الطبرى: من قال من أصحابنا: إنه يثبت فى الشفعة خيار المجلس، يخير - أيضًا - خيار الرؤية فى الشفعة فى أحد القولين.

فصل: فإنْ كان الشقصُ فى يد المشترى، أخذه منه ووجب عليه الثمن، ولم يلزمِ المشترى تسليمُ الشقصِ حتَّى يقبض الثمن، فإنْ كان الثمن حاضرًا، سلّمه وأخذَ الشقص، وإن تعذَّر عليه تسليمه فى الحال: قال أبو العباس بن سريج: أجّل الشفيع ثلاثة أيام؛ لأنا إن قلنا: عليه أن يدفع الثمن فى الحالِ، أضررنا به؛ لأنه قد لا يتمكّن من ذلك فأجّل ليبيع أو يتصرّف ويحضر الثمن، فإنْ مضت الثلاثة، ولم يحضر الثمن، أتى المشترى الحاكم؛ ليفسَخَ عليه الأخذ؛ لأنّا لو ألزمناه ذلك مع تأخير الثمنِ عنه لحقه الضرر بذلك.

قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني: وهكذا لو هرب الشفيعُ بعد الأخذِ، كان للحاكمِ فَسْخُ الأخذ، وردّه إلى المشترى إذا طلَبَ المشترى من الحاكمِ ذلك، ويفارقَ هذا البيع إذا هرب المشترى، أو أخر الدفع؛ حيثُ قلنا: ليس للحاكم فسخ البيعِ؛ لأنَّ البيع حصَلَ باختياره؛ فلم يكنْ للحاكم فَسْخه، وهاهنا: أخذ الشفيع بغير اختيارِ المشترِى؛ لإزالة الضرر عن نفسه، فإذا كان فى ذلك إضرارٌ بالمشترى، منعه الحاكم وردَّه، فإنْ أفلس الشفيع بعد الأخذ بالشفعة وقبل دفع الثمن، كان للمشترى الخيارُ بين أن يفسَخَ ذلك، ويرجع بالشقص وبَيْنَ أن يتركَهُ ويضارب مع الغرماء؛ كالبائع إذا أَفْلَسَ المشترى بالثمن، ووجد عين ماله.

فصل: وإن كان الشقص فى يد البائع -ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز للشفيع أن يأخذه منه، وبه قال أبو حنيفة[1].

---

(١) قال فى بدائع الصنائع (٥/ ٣٠): (فصل): وأما بيان من يتملك منه الشقص المشفوع فيه =

والثاني: لا يجوز أن يأخذه؛ بل يجبر المشترى على القَبْض من البائع، ثمَّ يأخذه منه الشفيع؛ لأنَّ الشفعة تستحقُّ على المشترى.

والدليل عليه: أنه حقٌّ ثبت لغير المتبايعَيْن شرعًا بعد البيع؛ فوجب أن يكون مستحقًّا على المشترى؛ كعتق الولد.

وإذا ثبت هذا: لم يجزْ أن يؤخذ من يد البائعِ؛ لأن الأخذ من البائع يؤدِّى إلى إسقاط الشفعة؛ لأنَّه يفوت به التسليم المستحقّ بالعقد؛ لأنَّ الشفيع بمنزلة المشترِى مِنَ المشترى، وفوات التسليم يوجبُ بطلان البيعِ، وإذا بطَلَ البيع، سقطَتِ الشفعة؛ وما أدى إثباته إلى إسقاطه سقَطَ.

قالوا: الشفعة ثبتَتْ برغبة البائع عن الشقص، لا بملك المشترِى؛ والدليل عليه: أنه لو أنكر المشترى الشرى، أو أقاله البائع، ثبتتِ الشفعة، وإنْ لم يوجد الملكُ له، وهذه الرغبة موجودةٌ قبل القبض.

قلنا: بل ثبتَتْ بملك المشترى؛ بدليل أنه لو قال: بعتُكَ، ولم يقبل - لم تثبتِ الشفعةُ، وأمَّا إذا أنكر: فعند أبى العباس: لا تثبت الشفعةُ، وخرج المزنى: أنها تثبتُ؛ لأن ملك المشترى ثبَتَ بإقرار البائعِ. وإذا أقالَهُ فسخ الشفيع الإقالة، وأعاد المبيع إلى مِلْكِ المشترِى، وهاهنا: إذا قبض مِنَ البائعِ، انفسخ البيع بفواتِ القبضِ؛ فإنَّ المبيع إذا فات قبل قَبْض المشترى، انفسخ البيع فيه؛ فيزول سبب الشفعة، ولا يجوزُ أخذ الشفعة مع زوال السبب.

فعلى هذا: يكلِّف الحاكم المشترى أن يتسلَّمه ويسلِّمه، أو يوكِّل فى ذلك، وإن

= فالشفيع يتملك من الذى فى يده، إن كان فى يد البائع أخذه منه ونقده الثمن والعهدة عليه، وإن كان فى يد المشترى أخذه ودفع الثمن إليه والعهدة عليه، سواء كان المشترى عاقدا لنفسه أو لغيره؛ بأن كان وكيلا بالشراء وقبض الدار ثم حضر الشفيع . وهذا جواب ظاهر الرواية، وروى عن أبى يوسف - رحمه الله - أنه لا يأخذها من يد الوكيل . (وجه) هذه الرواية أن الوكيل لم يشتر لنفسه، وإنما اشترى لموكله فلم يكن هو خصما بل الخصم الموكل فلا يأخذ منه، ولكن يقال له سلم الدار إلى الموكل، فإذا سلم يأخذها الشفيع منه . (وجه) ظاهر الرواية: أن الشفعة من حقوق العقد وأنها راجعة إلى الوكيل، والوكيل فى الحقوق أصل بمنزلة المشترى لنفسه؛ فكان خصم الشفيع فيأخذ الدار منه بالثمن وكانت العهدة عليه .

كان المشترى غائبًا نصب الحاكم مَنْ يقبضه من البائع، ويسلّمه إلى الشفيع؛ كما لو حضر وامتنعَ من القبض.

فصل: فإن كان الشقصُ أرضًا، وقد زَرَعَها المشترى، ثم علم الشفيع، وطَلَبَ الشفعة -فقد قيل: لا يلزمه تسليم الثمن فى الحال؛ لأنه لا يشفع بالشقص فى الحال، وله أن يعجل الطلب، ويؤخر الثمن.

فصل: ويملك الشفيعُ الشقصَ بالأخذِ، وهو أن يقولَ - وقد شاهَدَ المبيعَ، وعرَفَ قدر الثمنِ -: قد اخترتُ أخْذَ الشقصِ بالثمنِ الذى تَمَّ العقد عليه، وإنْ لم يختر المشترى ذلك، ولا حضر، ولا حكم به حاكمٌ؛ لأنَّه تملك مال بالقهر؛ فوقع الملك فيه بالأخذ؛ كتملُّك المباحات.

وقيل: لا يحصل الملك فيه إلا ببذل الثمن أو تسليم المشترى الشقص إليه، ويصير عليه بالثمن، أو حكم القاضى بذلك، أو الإشهاد على ذلك. وليس بشىء؛ لأنه استحقَّ أخذ الشقص بغير اختيارِ المشترِى؛ فلا يفتقرُ إلى رضاه، ولا يفتقرُ إلى حُكْم الحاكم، ولا إلى الإشهادِ؛ لأنَّ حق الشفعة ثبت بالنصِّ؛ فلا يفتقر إلى ذلك؛ كالردِّ بالعيب، ولا يفتقر إلى تسليم الثمنِ؛ لما ذكرناه.

فصل: ولا يثبت فيه خيار الشرطِ؛ لأن الشرط إنما يثبت مع مَنْ يملك الاختيار، والشقْصُ يؤخذ بالإجبار؛ فلا يصحُّ فيه شرط الخيار، وهلْ يثبتُ للشفيع خيار المجلس بَعْد أن اختار أخذه بالشفعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: يثبت له؛ لأنه تملك مال بالثمن؛ فثبت فيه خيار المجلس؛ كالبيع.

والثانى: لا يثبت له؛ لأنه إزالة ملك لدفع الضرر؛ فلم يثبتْ فيه خيارُ المجلس؛ كالردِّ بالعيب.

والأول: أشبه.

فصل: وإنْ لم يعرفْ قدر الثمن، ولا شاهد المبيع، لم يملكْهُ بذلك؛ كما لا يملكُهُ بالبيع مع الجهل بالثمن وعدمِ الرؤيةِ فى المبيعِ، وينبغى ألَّا يبطل حقُّه من الشفعة فى مدة مسيره إلى رؤيته؛ لأنه معذور فيه.

فصل: وإنْ ترك حقَّه من الشفعة بأنْ يقول: عفوتُ عنه، أو نزلْتُ عنه - فقال الشافعُى: له الخيارُ مالم يفارقْهُ، أى: المشترى، أو مجلس العفو؛ لأنَّ هذا يجرى مجرى البيع؛ فلَّما ثبت خيار المجلسِ فى البيعِ كذلك فى هذا.

مجرى البيع؛ فلَّما ثبت خيار المجلسِ فى البيعِ كذلك فى هذا.

وخرَّج أبو العباس فيه قولًا آخر: أنه لا يكونُ له فيه خيارٌ؛ لأنه بالإبراء والإسقاط أشبه مِنْهُ بالبيعِ؛ فلم يثبتْ فيه الخيار؛ كما لا يثبت فى الإبراء.

وإنْ قال: إن كان المشترى فلانًا، فقد عفوْتُ - ولم يكنْ فلانًا - لم يسقطْ حقُّه من الشفعة. وإنْ كان فلانًا: قال فى الإيضاح: فقد قيل: عفوه باطلٌ، قال: والصحيحُ - إن شاء الله - جوازُهُ.

وإن استرهن الشفيع الشقْصَ مع العِلْمِ بالبيع، أو استأجره، سقَطَ حقُّه من الشفعة.

وإن اختلفا؛ فقال المشترى: عفْوتُ عن الشفعة، وقال الشفيع: ما عفوت، أو كان الشفيع غائبًا، فخرج فى طلب الشفعةِ، وقلنا: يفتقر إلى الإشهاد، فقال: أشهدتُ حين خرجْت، وقال المشترى: ما أشهدت، أو قال المشترى: قدَرْت على الخروج فى الحال، ولم تخرج، وقال الشفيع: بل خرجت فى الحال -: فالقولُ قولُ الشفيع مع يمينه؛ لأنه أعرف بفعل نفسه. فإن أقام الشفيعُ بيِّنةً على أنه أخذه بالشفعة، والشقص فى يده، وأقام المشترى البينة على أنَّه عفا عن الشفعة -فقد قيلَ: تقدَّم بينة الشفيع؛ لأنه صاحبُ اليد، وقيل: تقدم بينة المشترى؛ لأنها تشهد بأمر خفى على الأخرى، وليس فيه تكذيبُ الأخرى.

فصل: وإن أشهَدَ على الشفعة، ثُمَّ تركَ الطلبَ من غيرِ عذرٍ -سقطَتْ شفعتُهُ.

وقال أبو حنيفة: لا تسقط[1].

---

(١) (فإن أخره) عن ساعة العلم أو المجلس على الخلاف بلا عذر سقطت شفعته، فلو أخره لعذر مثل أن يعلم ليلا، فيؤخره إلى الصباح، أو لحاجة أكل أو شرب، أو طهارة، أو إغلاق باب، أو خروج من حمام، أو ليأتى بالصلاة وسنتها فهو على شفعته فى الأصح، ونقل ابن منصور: لا بد من طلبه، ثم له أن يخاصم ولو بعد أيام (إلا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب بها) إذا قدر عليه، فيعلم منه أنه مطالب غير تارك (ثم إن أخر الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه) وفيه وجهان . أحدهما: تبطل؛ لأنه تارك للطلب، أشبه ما لو كان حاضرًا، ولم يشهد . والثانى: لا يسقط؛ لأن عليه فى السفر عقيب الإشهاد ضررًا لالتزامه كلفته وانقطاع حوائجه، وفى «المغنى»: إن أخر القدوم بعد الإشهاد والطلب وهو صحيح؛ لأنه لا وجه لإسقاط الشفعة بتأخير الطلب بعد الإشهاد وهو غائب؛ لأن الطلب حينئذ لا يمكن بخلاف القدوم، فإنه ممكن . وتأخير ما يمكن لإسقاطه وجه بخلاف تأخير ما لا يمكن (أو لم يشهد ولكن سار فى طلبها فعلى وجهين: أحدهما: تبطل، وهو ظاهر كلام أحمد والخرقى؛ لأن =

دليلنا: هو أنَّه تَرَكَ الطَّلَبَ من غيرِ عذرٍ؛ فأشبه إذا لم يشهد.

قالوا: قد أثبت حقَّه؛ فلا يسقط بعد ذلك؛ كسائر الحقوق.

قلنا: سائر الحقوق لو تَرَكَهَا فى الابتداءِ، لم تسقُطْ، والشفعةُ تسقط.

فصل: وإن وجد الشفيعُ بالشقص عيبًا بعد أن أخذه، فله أن يردَّهُ على المشترى؛ لأنه ملكه بالثمن؛ فيثبت له الردُّ بالعيب؛ كالمشترى فى البيع، ويُنْظَرُ فى المشترى:

فإن لم يكنْ علم بالعيب قبل ذلك، فله ردُّه على البائع.

وإن كان الشفيع قد علم بالعيب قَبْلَ الأخذ، ولم يعلم المشترى -سقَطَ حقُّ الشفيع من الرد بالعيب، ولم يكن للمشترى أنْ يطالبَ بالأَرْش؛ لما ذكرناه فى موضعه.

فإن رجع إلى ملك المشترى بعد ذلك، فهَلْ له ردُّه على البائع؟ فيه وجهان، وقد مضَى ذكرهما.

فصل: وإن خَرَج الشقص مستَحَقًّا، رجع الشفيعُ بالعهدة، أى: بالثمن على المشترِى، سواء أخذ الشفيعُ الشقْصَ من يد المشترى أو من يد البائع، وبه قال أحمد[(١)].

= السير قد يكون لطلبها أو لغيره، فوجب بيان ذلك بالإشهاد، كما لو لم يسر، والثانى: لا تسقط؛ لأن سيره عقيب علمه ظاهر فى طلبها، فاكتفى به كالذى فى البلد. قال الزركشى: وينبغى أن يكون حكم سير وكيله حكم سيره، وكذلك الوجهان إن أخر الطلب بعد القدوم، والإشهاد، أو نسى المطالبة، أو البيع، أو جهلها، أو ظن المشترى زيدًا، فبان غيره. ولفظ الطلب: أنا طالب، أو مطالب أو آخذ بالشفعة، أو قائم عليها ونحوه.

وإن ترك الطلب والإشهاد لعجزه عنهما كالمريض) فهو على شفعته؛ لأنه معذور، أشبه ما لو لم يعلم، لكن إن كان المرض لا يمنع المطالبة كالمرض اليسير والألم القليل، فهو كالصحيح، فإن كان له عذر، وقدر على التوكيل، فلم يفعل فوجهان، أحدهما: يبطل؛ لأنه تارك للطلب مع إمكانه، فهو كالحاضر، والثانى: لا يسقط؛ لأنه إن كان بجعل، ففيه غرم، وإن كان بغيره، ففيه منة وقد لا يثق به (والمحبوس) لكن إن كان حبسه بحق يمكنه أداؤه، فأبى، سقطت شفعته (ومن لا يجد من يشهده) بألا يجد شاهدى عدل، ولا مستورى الحال فإن وجد واحدًا حرًا عدلا، فوجهان، أحدهما: هو على شفعته إذ لا يثبت البيع بقول واحد. والثانى: يسقط؛ لأنه حجة مع اليمين، كالعدلين، أو رجل وامرأتين، أو لم يجد من يشهده، فهو على شفعته للعذر. ينظر المبدع (٥/ ٢٠٩ - ٢١٠).

(١) قال فى مطالب أولى النهى (٤/ ١٤٢): (وعهدة شفيع) فيما إذا ظهر الشقص مستحقا أو معيبا، وأراد الشفيع الرجوع بالثمن أو الأرش (على مشتر) ؛ لأن الشفيع ملكه من جهته، فرجع عليه؛ لكونه كبائعه، ولأن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشترى؛ فكانت العهدة عليه، والعهدة فى الأصل كتاب الشراء، والمراد بها هنا رجوع من انتقل الملك إليه من شفيع أو مشتر، على من انتقل عنه الملك من بائع أو مشتر، بالثمن أو الأرش =

وقال أبو حنيفة: إنْ أخذه من المشترى، رجَعَ على المشترى. وإن أخذه من البائع، رجع على البائع.

دليلنا: هو أنه أَخَذَه على أنه ملك المشترى؛ فرجَعَ بالعهدة عليه؛ كما لو اشتَرَاهُ منه.

قالوا: إذا تسلَّمَ من البائع، ودفع إليه الثَّمَنَ -لم يَجُزْ أن يرجعَ على المشترى.

قلنا: الحاكِمُ -عندنا- يأمره بتسليمه إلى المشترِى، ثُمَّ يسلِّمه المشترى إلى الشفيع، فإنِ امْتَنَعَ المشترى من قَبْضِهِ، نصب الحاكمُ مَنْ يقبض للمشترى، ويسلِّمه إلى الشفيع، ولا يَجُوزُ -عندنا- ما قاله أبو حنيفةَ، ويرجعُ المشترى بالعهدة على البائع؛ كما لو خرجَ مستَحَقًّا، وهو فى يده.

فصل: إذا اشترَى شقصًا، ثم ارتدَّ، فقُتِلَ أو مات قبل رجوعه إلى الإسلام -: كان للشفيع أخذه بالشفعة؛ لأنه انتقَلَ الشقصُ عنه بالموت إلى المسلمين؛ وذلك لا يمنعُ الشفعة؛ كما لو مات، وله وارثٌ مِنْ جهة النَّسَب، وللشفيعِ أن يطالبَ بذلك الإمامَ، أو النَّائِبَ عنه.

= عند استحقاق الشقص أو عيبه، فإذا ظهر الشقص مستحقا، رجع الشفيع على المشترى بالثمن، ثم اشترى على البائع، وإن ظهر الشقص معيبا، واختار الشفيع الإمساك مع الأرش، رجع بالأرش على المشترى، ثم المشترى على البائع؛ لما تقدم. فائدة: فإن علم المشترى العيب عند البيع ولم يعلمه الشفيع عند الأخذ، فلا شيء للمشترى، وللشفيع الرد وأخذ الأرش، وإن علمه الشفيع ولم يعلمه المشترى؛ فلا رد لواحد منهما ولا أرش. [و] محل كون العهدة للشفيع على المشترى إن (أقر) المشترى (بالبيع) - أى: بشرائه الشقص. (فإن أنكر) مشترٍ الشراءَ - ولا بينة له - (وأخذ الشقص من بائع) مقر بالبيع؛ فالعهدة إذن (عليه) - أى: على بائع - لحصول الملك للشفيع من جهته. قاله الزركشى. قال فى «الإنصاف»: وهو واضح. كما أن (عهدة مشتر) على بائع، (فإن أبى مشتر) لشقص مشفوع (قبض مبيع) ليسلمه لشفيع (خوف العهدة، أجبره الحاكم) على قبض الشقص؛ لأن القبض واجب ليحصل حق المشترى من تسليمه، ومن شأن الحاكم أن يجبر الممتنع. وهذا المذهب اختاره القاضى [وابنه أبو الحسين والشريفان أبو جعفر والزيدى والقاضى يعقوب والشيرازي] وأبو الحسن بن بكروس، (وقال أبو الخطاب) فى «الهداية»: (قياس المذهب) لا يجبر الحاكم المشترى على قبض الشقص المبيع وتسليمه للشفيع، بل الذى يقتضيه قياس المذهب أن يأخذ الشفيع الشقص من البائع، ويكون كأخذه من المشترى (للزوم العقد فى) بيع (العقار وصحة تصرف مشتر فيه) - أى: المبيع - (بدون قبضه) بنفس العقد والدخول فى ضمانه به. صححه الحارثى واختاره الموفق؛ ولذلك قال المصنف: (ويتجه، وهو) - أى: ما قاله أبو الخطاب - (أصوب)؛ لأنه للقواعد أقرب، لكن الأول هو المذهب.

وإن ارتدَّ الشفيعُ، فقُتِلَ، أو ماتَ -انتقلَتِ الشفعةُ إلى المسلمين، وينظر فيها الإمام، أو النائبُ عنه: فإن رأى الحظَّ فى أخذه، أخذه بالشفعة.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): وإن مات الشفيع قبل العفو، والأخذ؛ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته؛ لأنه قبض استحقه بعقد البيع، فانتقل إلى الورثة، كقبض المشترى فى البيع؛ ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فورث؛ كالرد بالعيب.

وإن كان له وارثان، فعفا أحدهما عن حقه؛ سقط حقه.

وهل يسقط حق الآخر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يسقط؛ لأنها شفعة واحدة، فإذا عفى عن بعضها سقط الباقى؛ كالشفيع إذا عفا عن بعض الشقص.

والثانى: لا يسقط؛ لأنه عفا عن حقه، فلم يسقط حق غيره، كما لو عفا أحد الشفيعين.

(الشرح) الأحكام: إن ماتَ الشفيعُ قبل العفو، والأخذ بالشفعة، انتقَلَ حقُّه من الشفعة إلى الورثة؛ وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة وأحمد: تَسْقُطُ بموته.

دليلنا: هو أنَّه قَبْضٌ استحقَّهُ بعقد البيع، فانتقَلَ إلى الورثة؛ كقبض المشترى فى البيع؛ ولأنَّه خيارٌ ثابتٌ لدفع الضرر عن المالِ؛ فورث؛ كالرد بالعيب.

قالوا: خيار لاستجلابِ مالٍ؛ فبطَلَ المَوْتِ؛ كخيار القبول.

قلنا: خيارُ القبول غيْرُ ثابتٍ، فإنَّ للموجب أن يُبْطِله قَبْلَ قَبُول القابلِ، وهذا خيارٌ ثابتٌ؛ فافترقا.

فصل: ويكون أخذ الورثة على قدر سهامهم، سواءٌ فى ذلك أصحابُ الأنساب؛ كالأَوْلاد، ونحوهم، وأصحاب الأسباب: كالزوج، والزوجة؛ لأنَّهم يأخذوه على حُكْم الإرث؛ فاقتسَمُوهُ اقتسامَهُمْ للمال الموروث.

فصل: فإن كان له وارثانِ، فعفا أحدهما عن حقِّه -سقَطَ حقُّه، وهل يسقطُ حقُّ الآخر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يسقط حقُّه أيضًا؛ لأنها شفعةٌ واحدةٌ، فإذا عفا عن بعضها، سقَطَ الباقى؛ كالشفيع إذا عفا عن بعض الشقص، ولأنَّهما يقومان مقام الموروثِ، ولو

عفا الموروثُ عن بعض الشفعة، سقَطَ جميعها؛ فكذلك إذا عفا أحدهما.

والثاني: لا يَسْقُطُ؛ لأنّه عفا عن حقِّه؛ فلم يسقطْ به حقُّ غيره؛ كما لو عفا أحد الشفيعَيْن، فإنِ ادعى المشترِى: أنهما عفَوْا عن الشفعةِ، ولا بيِّنَةَ له -كان القولُ قولَهُمَا مع أيمانهما، فإنْ حلَفَا، ثبتَتْ لهما الشفعة، وإن حلف أحدهما، ونكَلَ الآخَرُ - لم يحلفِ المشترِى مع نكولِهِ؛ لأنَّه إذا حلَفَ مع نكوله، عاد حقُّ الشفيع إلى الشريكِ الحالف، ولم يستفدِ المشترِى بيمينِهِ شيئًا، ثمَّ ينظر فى الشريك الحالف:

فإنْ صدَّقَ شريكه أنَّه لم يَعْف، كانتِ الشفعةُ بينهما.

وإنِ ادعَى أنه عفا، كان القولُ قولَهُ مع يمينه، فإنْ نكل، حلف هو مع نكوله، وثبتتِ الشفعةُ كلُّها له، فإذا عفا هذا الحالفُ بعد يمينه، كان للمشترِى أن يحلفَ مع نكولِ الآخَرِ؛ لأنَّه -هاهنا- تَسْقُطُ بيمينه عنه الشفعةُ، وهكذا إن كان الشريكانِ غَيْرَ وارثَيْن.

فصل: وإن كان للشقص شفيعان، فعفا أحدهما، ومات الآخر، والعافى وارثُ الميِّت -: كان له أن يأخذ الشقص بما ورثه من الشفعة، وإنِ اشترَى شِقْصًا، فضمن له رجلان الدرك عن البائعِ، ثمَّ شهد هذان الضامنان بِأَنَّ المشترى باع الشِّقْص، أو شهدا بأنَّ الشفيع تسلَّمه بالشفعة، أو بِأَنَّ الشفيع عفا عن الشفعة -: قبلت شهادتهما فى جميع ذلك؛ لأنهما لا يجرَّان بذلك إلى أنفسهما نفعًا، ولا يدفعان ضررًا؛ لأنَّ أكثَرَ ما فيه أن يخرجَ الشقْصُ مستَحقًّا؛ فيثبت الرجوع فى كلِّ هذه الأحوال؛ كما لو لم يثبت ما شهدا به.

فصل: وإن كانتِ الدارُ بين أربعةِ شركاء، فباع أحدُهُمْ نصيبه، وادعى المشترِى على أحد الشركاء: أنه عفا عن الشفعة، فأنكَرَ، وشَهِدَ الآخران بذلك:

فإنْ كانا قد عَفَوَا عن الشفعة، قبلَتْ شهادتهما؛ لأنهما لا يجرَّان بذلك إلى أنفُسِهما نفعًا، ولا يدفعان ضررًا عن أنفسهما.

وإن كانا لم يَعْفُوا عن الشفعة، لم تُقْبَلْ شهادتهما؛ لأنهما يتَّهمان فى ذلك بأنهما يريدان إثباتَ عفوه؛ ليأخُذَا جميع الشقص بالشفعة.

فإنْ عفَوَا، ثم شَهِدَا ثانيًا -لم يقبل؛ لأن الشهادة إذا رُدَّتْ للتُّهَمَةِ، ثم زالت التهمة - لم يقبل.

وإن كان أحدهما عفا عن الشفعة دون الآخر -قُبِلَتْ شهادة الذى عفا عنها، وحلف المستحقُّ معه، وقضى له بها؛ لأنَّ المقصودَ منه المالُ؛ فثبَتَ بالشاهد واليمين.

وإن شهد البائعُ على الشفيع بالعفو، فقد قيل:

إن كان قبل أن يقبض الثمن لم تقبلْ شهادته؛ لأنَّهَ يجر بها إلى نفسه نفعًا، وهو أَنْ يفلس المشترى؛ فيرجع إليه الشُّقْص دون الشفيع.

وإن كان بعد قبض الثمن، قبلت.

وإن شهد السيد على مكاتَبِهِ بالعفو عن الشفعة، قُبِلَ؛ لأنَّ ذلك شهادَةٌ عليه، وإذا شهد بشرى ما للمكاتب فيه الشفعة، قال القاضى أبو الطيب: يقبل.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): إذا اختلف الشريكان فى الدار، فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه؛ فله أخذه بالشفعة.

وقال الآخر: بل ورثته، أو أوهبته؛ فلا شفعة لك؛ فالقول قول المدعى عليه مع يمينه؛ لأنه يدعى عليه استحقاق ملكه بالشفعة؛ فكان القول قوله؛ كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعةٍ، فإن نكل عن اليمين، حلف المدعى وأخذ بالشفعة.

وفى الثمن ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: أنه يقال للمدعى عليه: قد أقر لك بالثمن، وهو مصدق فى ذلك، فإما أن تأخذه، أو تبرئه من الثمن الذى لك عليه؛ كما قلنا فى المكاتب إذا حمل نجمًا إلى المولى، فادعى المولى أنه مغصوب.

والثانى: أنه يترك (الثمن) فى يد المدعى؛ لأنه قد (أقر لمن لا يدعيه، فأقر فى يده)، كما لو أقر بدارٍ لرجلٍ، وكذبه المقر له.

والثالث: يأخذه الحاكم، ويحفظه إلى أن يدعيه صاحبه؛ لأنهما اتفقا (على) أنهما لا يستحقان ذلك.

(فصل): وإن ادعى كل واحدٍ منهما على شريكه، أنه ابتاع حصته بعده، وأنه يستحق عليه ذلك بالشفعة؛ فالقول قول كل واحدٍ منهما، لما ذكرناه.

فإن سبق أحدهما؛ فادعى، وحلف المدعى عليه، استقر ملكه، ثم يدعى الحالف على الآخر.

فإن حلف؛ استقر - أيضًا - ملكه، وإن نكل الأول؛ ردت اليمين على المدعى.

(فإذا) حلف - استحق، وإن أراد الناكل أن يدعى على الآخر بعد ذلك؛ لم تسمع دعواه؛ لأنه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة.

(الشرح) الأحكام: إذا اختلَفَ الشريكان فى الدارِ، فادعَى أحدهما على الآخَرِ: أنه اشترى نصيبَهُ، يعنى: الذى يملكُهُ المُدَّعَى عليه من الدارِ، وحدود الدار، وذكر أنَّ الثمن كذا وكذا، وأنه يستحقُّ أخذه بالشفعة -: نظرْتَ:

فإن أقرَّ المدَّعَى عليه، قُضِىَ له بالشفعة.

وإن أنكر، وقال: بل ورثته، أو اتهبته؛ فلا شفعةَ لك -فالقولُ قولُ المدعَى عليه مع يمينه؛ لأنه يدعى عليه استحقاقَ ملكه بالشفعة؛ فكان القولُ قولَهُ مع يمينه؛ كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعةٍ. وكيف يحلف؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يحلف أنه لا يستحقُّ عليه الشفعة؛ لأنه قد يكونُ الملك حصَلَ له بالشرى، وعفا عن الشفعة، أو أخر الطَّلَب؛ فلا يمكنه أن يحلفَ على أنَّه ما اشتراه، وإذا أقرَّ به، لم تقبل دعواه فى العفو وفى تأخير الطلب، وفى يمينه: «إنه لا يستحقُّ عليه الشفعة» - مقصودُ صاحبه؛ فلا يلزمه أكثر من ذلك.

والثانى: أنه يحلفُ على ما أجابَ؛ لأنه كان يمكنُهُ أن يبقى استحقاق الشفعة عليه؛ فلم يفعلْ ذلك، بل عَدَلَ إلى نَفْيِ الشرى؛ فاقتضَى أنَّه يمكنه اليمينُ على ذلك؛ فَلَزِمَهُ: فإنْ حلف، سقَطَتِ الدعوَى. وإن نكَلَ عن اليمين، رُدَّتِ اليمين على المدَّعى، فإن حلَفَ، قُضِىَ له بالشفعةِ، وفى الثمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يقالُ للمدَّعَى عليه الشرى: إمَّا أن تأخذه، أو تبرئَهُ ممَّ لك عليه؛ كما قال الشافعى فى المكاتب: إذا حمل نجمًا من نجومِ الكِتَابةِ إلى المولَى، فادَّعى المولَى أنه مغصوبٌ -: أنه يقال للمولى: إما أن تأخذه، أو تبرئَه من قدره.

والثانى: أنه يتركُ فى يد المدَّعى حتى يطالب المدعَى عليه بالشَّراء به؛ لأنَّه أقرَّ بحقٍّ لمن لا يدَّعيه؛ فهو كما لو أقرَّ بدارٍ لرجلٍ، فكذَّبه المُقَرُّ له، ويخالفُ نجوم الكتابة؛ لأنَّ على المكاتَبِ ضررًا فى تأخير القَبْض؛ لأنَّه يعتق بالأداء، ولا ضَرَرَ على الشفيع فى ذلك؛ وفيه نَظَرٌ؛ لأنَّ عليه الضرر فى بقاء الحقِّ فى ذمَّته؛ ولهذا إذا طالب من عليه الدَّيْن صاحبَ الدَّيْن بقبضه، لزمه قبضُهُ، أو الإبراءُ منه.

والثالث: أنه يأخذه الحاكم، ويحفظُهُ إلى أن يدَّعيَهُ المدَّعى عليه الشرى؛ لأنهما

اتفقا: أنَّهما لا يستحقّان ذلك؛ لأنَّ الشفيعَ يقولُ: هو له، والمدعى عليه الشرى لا يدّعيه؛ فصار فى مَعْنَى اللُّقَطة.

فصل: وإن كان فى يد رجُلَيْن دارٌ، فادعى كلُّ واحد منهما على الآخر: أنّه يستحق نصيبَهُ بالشُّفْعة -سألهما الحاكم عن كيفيّة ملكهما؟: فإن قالا: مَلَكْناها فى حالٍ واحدةٍ، فلا شُفْعةَ لواحدٍ منهما على الآخر؛ لأنَّ الشفعَةَ تثبُتُ بالشركةِ الموجودةِ فى وَقْت الملك؛ فإذا ملكا معًا، لم يكنْ لواحدٍ منهما شركةٌ فى وَقْت ملكِ صاحبِهِ؛ فلا يكونُ له شفعة عليه.

وإنِ ادعى كلُّ واحدٍ منهما على شريكه: أنّه اشترى حصَّته بعد أن اشترى هو، وأنه يستحقُّ عليه ذلك بالشفعة - نظرْتَ:

فإن لم يكنْ لواحدٍ منهما بينةٌ، فالذى بُدِئ بالدعوَى عليه يلزمُهُ الجوابُ، ولا تسمعُ دعواه: أنه اشترى حصتَهُ بعده، وأنه يستحقُّ عليه ذلك بالشفعة؛ لأنَّ ذلك دعوَى لا جوابٌ.

فإن أجاب: بأنه لا يستحقُّ عليه الشفعةَ، أو أنّه ما ملكَهُ قبله -: فالقولُ قولُهُ مع يمينه؛ لأنه يريد أنْ ينتزع من يده ما فى الظاهِرِ أنه مِلْكُهُ؛ فكان القولُ قولَهُ مع يمينه، فإنْ حلف، استقرَّ مِلْكُهُ عليه، فإذا حلف، كان له أن يَدَّعِىَ الشفعةَ على الآخر، فإنْ أنكَرَ، كان القولُ قولَهُ مع يمينه فى ذلك؛ للمعنَى الذى مضَى ذِكْره، فإن حلف، استقرَّ -أيضًا- ملكه، وإنْ نكل الأوّل عن اليمين، رُدَّتِ اليمينُ على المدَّعى، فإذا حلف، استحقَّ الشفعةَ، وإنْ أرادَ الناكلُ أنْ يدَّعى على الآخر بعد نكولِهِ ويمين المدعى، لم تُسْمَعْ دعواه؛ لأنَّه لم يبق له ملكٌ يستحقُّ به الشفعة، وإنْ حلف الأوّل: إنه لا يستحقُّ عليه الشفعة، ونَكَلَ الثانى عن اليمين، حلف الأوّل أنّه يستحق الشفعة، وقُضِىَ له بالشفعة، وإن كان لأحدهما بينةٌ دون الآخر - نَظَرْتَ:

فإن كانتْ مطلقةً: بأنْ شهدت بالملك مطلقًا، أو مؤرَّخة إلا أنها لا تفيدُ تقدم ملْكه على مِلْك الآخر: بأن تشهد له بالملك فى شهر كذا وكذا، ولم يعلم وَقْتَ مِلْك الآخر - فهو كما لو لم يكن هناك بينة.

وإن كانت مؤرَّخة تأريخًا يفيد تقدم ملكه على ملك الآخر: بأنْ تشهد أنَّه ملك قبل أن يملك الآخر -: حكم له بالشفعة؛ لأنَّ البينة أَوْلَى بالرجوع إليها مِنْ قول الآخر ويمينه.

وإن كان لكل واحدٍ منهما بينةٌ: فإنْ كانتا مطلقتَيْنِ، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرَّخة -: فهو كما لو لم يكنْ هناك بينة.

وإن كانتا مؤرختَيْن تأريخَيْنِ مختلفَيْن، قضى للذى سبق ملكه بالشفعة.

وإن كانتا متعارضتين؛ بأن شهدَتْ كلُّ واحدة منهما بأنَّ صاحبها هو الذى سَبَقَ ملكُهُ -: ففيه قولان:

أحدهما: أنهما تسقطان، ويكونُ حُكْمُهما كما لو لم يَكُنْ هناك بينة.

والثانى: أنهما تستعملان، وفى الاستعمال ثلاثةُ أقوال:

أحدها: أنه يُقْرَعُ بينهما، ويرجَّح بالقرعة.

والثانى: أنه يُوقَفُ بينهما حتى ينكشف الأمر.

والثالث: أنه يقسم بينهما؛ ولا تظهر فائدته - هاهنا - إلا أن يكون ملك أحدهما أكثَرَ: بأنْ يكونَ لأحدهما مِنَ الدار الثلث، وللآخر الثلثان؛ فيقسم كلُّ واحدٍ من النصيبَيْن، فيجعل بينهما نِصْفَيْن.

فصل: وإنْ كان فى يد رجُلَيْنِ دارٌ، فادعَى أحدهما على الآخر: أنه اشترى النصفَ الذى فى يده من زيدِ الغائبِ، وأنَّه يستحقُّ أخذه منه بالشفعةِ، فقال المدعَى عليه: لم أشتره منه؛ وإنما أودعنيه -: فالقولُ قول المدعَى عليه مع يمينه. فإنْ أقام المدعِى البينةَ على ذلك، ثبتت له الشفعة. وإن أقامَ كلَّ واحدٍ منهما البينةَ على ما ذكره، قضى للمدعِى بالشفعةِ؛ لأنَّ الإيداع لا ينافى البيع؛ لإمكانِ أن يُودِعَهُ ذلك النصف، ثم يشتريه منه، وإذا لم ينافِ أحدُ الأمرين الآخر، أثبتناهما، وأثبتنا الشُّفْعَةَ للشفيع.

فإنْ قيل: إذا كانتِ البيِّنتان مؤرختَيْن، وبيِّنةُ البيع سابقةً، وقد تنافيا - قلنا: لا تتنافَيَانِ؛ لجواز أنْ يكون البائعُ غصبها بَعْدَ البيع، ثم ردَّها بلفظ الإيداعِ، أو ردَّ مطلقًا؛ فظنَّ الشاهد أنها وديعةٌ؛ ويحتملُ أن يكون المشترى عَجَزَ عن الثمن؛ فقال له البائع: خذه وديعةً إلى أن تجد الثمن، وتشتريه وتقبضه.

وإن ادعى عليه أنه اشترى النصْفَ من زيدِ الغائبِ فى وقت كذا، وأنه يستحقُّ عليه الشفعة، فقال المدعَى عليه: بل ورثته من أبى فى ذلك الوَقْت، وأقام كلُّ واحدٍ منهما البينة على ما ادعاه -: تعارضَتِ البينتان، وسقَطَتَا فى أصحِّ القولَيْن؛ لأنَّ شراءه من زيد فى وقت معين ينافى إرثَهُ مِنْ أبيه فى ذلك الوقت، وإرثُهُ من أبيه فى

ذلك الوقت ينافى شراءه من زيدٍ فى ذلك؛ فكانتا متعارضتين.

وإن ادعى أنَّه اشتراه من زيدٍ الغائب، وأنَّه يستحقُّ فيه الشفعة، فقال: بل أَوْدَعَنى عمرو الغائب، وأقام كلُّ واحدٍ منهما البينةَ على ما ذكَرَ، فإن لم تذكر بينة المدعى: أنَّ زيدًا باعه، وهو مالكٌ، وذكرت بينة المدعَى عليه: أنَّ عمرًا أودعَهُ، وهو مالك: قُدِّمَتْ بينةُ المدعَى عليه، ويكتب الحاكمُ إلى البلد الذى فيه المودع ويتعرَّف منه ذلك:

فإن قال: هو لى، أودعته إيَّاه -حُكِمَ أنه لا شفعة فيه؛ لأنَّ بينةَ المدعى لم تثبتِ الملكَ، وبينة الآخر أثبتَتِ الملكَ للمودع؛ فقُدِّمَتْ. وإن قال: ما هو لى، أو ما أودعته شيئًا -قُضِىَ للمدعى بالشفعة؛ لأنَّ الذى أضيفَ الملك إليه قد كذَّب البينةَ، وقد قامَتِ البينةُ للمدعى بالشرى؛ فاستحقَّ الشفعة بذلك.

وإن ذكرتْ بينة المدعى أنَّ زيدًا باعه، وهو مالك، ولم تذكر بيِّنَةُ المدَّعى عليه أن عمرًا أودعه، وهو مالكٌ -قدِّمت بينة المدعى، وقضى له بالشفعة، ولم يحتجْ إلى أن يكتب إلى البلد الذى به البائعُ؛ لأنَّ البينةَ قد قامَتْ إليه بالبيع، فإنْ أنكر بعد ذلك، لم يؤثِّر فيه.

فصل: وإن كانت الدار فى يد رجلَيْن، وقال أحدهما للآخر: النصفُ الذى فى يدك اشتريته من زيدٍ بكذا وكذا، وأستحقُّ أخذَهُ بالشفعةِ، فقال: بل ورثْتُهُ من أبى، فأقام المدعى بينةً بأنَّ النصف كان ملكًا لزيدٍ، ورثه مِنْ أبيه، ثمَّ أقرَّ زيدُ بأنه باعه من المدعى عليه -: لم تثبتِ الشفعةُ بذلك، خلافًا لمحمد بن الحسن؛ لأنَّ البينة لم تشهَدِ بالشَّرْى، وإنما شَهِدَتْ بالملك لزيدٍ، ولا تنازع بينه وبين المدعى عليه بالشُّفْعة؛ فلا يكونُ لإقراره بذلك معنىً، وإذا كان كذلك، لم تثبتِ الشفعةُ؛ كما لو قال لعبده: إن اشتريْت شقصًا، فأنت حرٌّ، فادعى العبدُ عليه: أنه اشترى شقصًا من زيدٍ، وأنكره المولَى، فأقام العبد بينة بأنَّ شقصًا فى يده كان ملكًا لِزَيْدٍ، ثمَّ أقرَّ زيدٌ بأنَّهُ باعه إياه -: لم يُحْكَمْ له بالعِتْقِ بذلك، وإنْ شهد زيد للشفيع بالشَّرْى، لم تقبلْ شهادته؛ لأنه شهد على فعل نفسه.

فصل: وإنْ قال المدَّعَى عليه الشرى: بل اشتريته لفلان - نظرْتَ:

فإن كان حاضرًا، أحضره القاضى، فإنْ صدَّقه، كان الشرى له، والشفعةُ ثابتةٌ عليه. وإن كذَّبه، قضى بأنَّ الشراء للذى اشتراه، وأخذ منه الشفعة.

وإن كان غائبًا، أخذه الحاكِمُ منه، ودفَعَهُ إلى الشفيع، وكان الغائبُ على حجَّتِهِ إذا قدم؛ لأنّا لو أوقفنا الأَمْرَ فى الشفعة إلى حضور الغائب المقرّ له؛ لكان فى ذلك إسقاطٌ للشفعة؛ لأنَّ كلَّ مشترٍ إذا علم ذلك، يدَّعى أنه اشتراه الغائب.

وإن قال: اشتريته لابنى الطفل أو الطِّفْل له عليه ولاية، وهو أجنبى -: ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّ الشُّفعة لا تثبت؛ لأنَّ الملك يثبت للطِّفْل، ولا تجبُ الشفعةُ فى مِلْكه بإقرار الوَلِى عليه؛ لأنَّ ذلك إيجابُ حقٍّ فى مال الصغير بإقرارِ الولى.

والثانى: تَثْبُتُ؛ لأنَّه يملكُ الشراء له؛ فصحَّ إقراره فيه؛ كما يصحُّ فى حَقِّ نفسه.

فصل: وإنْ كانتِ الدارُ بين ثلاثة إخوانٍ وأجنبى، فباع الأجنبى نصيبه من رابعٍ، وطالَبَ أحد الأخوَيْنِ بالشفعة، فقال: اشتريته لأخيك، وصدَّقه أخوه -:

فقد قال أبو العباس بن سريج: لا تنازع بينهما، ولا يكونُ له أن يستحلفَهُ؛ لأنَّه اشتراه لنفسه؛ فهما يَسْتَحِقَّان أخذه بالشفعة نصفين. وإن اشتراه لأخيه، فله أن يَأْخُذَ منه النصْفَ بالشفعة، ويترك له النصف؛ فلا فائدَةَ فى اختلافهما.

وإنْ حضر الأخوانِ جميعًا، فقال أحدهما له: اشتريت الشقص مِنْ مالكه، وقال الآخر: بل اشتراه مِنْ غير مالكه -: فالشفعةُ لِمنِ ادعى أنه اشتراه من المالكِ دون الآخر؛ لأنَّ الثانى يقولُ: ما انتقل الملكُ إليه مِنَ المالك؛ فلا تَثْبُتُ مع قوله فيه الشفعة.

وإنْ ملكه الأجنبى لرابع، وحضر الأخوانِ، فقال الذى ملك الشقص: وهبه لى، فصدَّقه أحدهما، وأنكر الآخر -: فلا شُفْعَةَ للذى صدَّقه؛ لأنَّ فى تصديقِهِ إيَّاه إقرارًا بأنْ لا شُفْعَةَ له، والأخُ الآخر مُدَّعٍ للشراء، وخَصْمُهُ منكرٌ لذلك؛ فيكونُ القولُ قولَ المنكِرِ مع يمينه؛ لأنَّه أعرَفُ بكيفيَّة مِلْكه من غَيْره.

فصل: وإنِ ادعَى رجلٌ على رجلٍ شفعةً فى شقصٍ اشتراه، فقال له المشترِى: لَيْسَ لك ملكٌ فى شركته -: كانَ عليه إقامةُ البيِّنة: أنه ملك شقصًا فى شركته، وبه قال أبو حنيفة.

وقال أبو يوسف: إذا كان فى يَدِهِ، استحقَّ به الشفعة؛ لأنَّ الظاهر من اليد الملك.

دليلنا: أنَّ الملك لا يثبتُ بمجرَّد اليد، وإذا لم يثبتِ الملكُ المستحقُّ به الشفعة،

لم تثبتِ الشفعةُ، ومجرَّد الظاهرِ لا يَكْفِي؛ كما لو ادَّعى ولدًا: أمُّهُ فى يده، فإن لم يكن له بيِّنةٌ، وادعى أنَّ المشترى يعلم أنه شريكٌ -: فيحلف المشترى: أنه لا يَعْلَمُ ذلك؛ لأنَّها يمينٌ على نفى فعلِ الغَيْرِ، فإذا حلف، سقطَتْ دعواه، وإن نكَلَ، حلَفَ الشفيع، وكانت يمينُهُ على البتِّ؛ لأنها على إثباتِ مِلْكه لِنَفْسه؛ فإذا حلف، استحقَّ الشفعة.

فصل: وإنْ وجبَتِ الشفعةُ للشفيعِ، فاختلَفَ هو والمشترى، فقال المشترى: هذا الحائطُ بنيتُهُ أنا، وقال الشفيع: بل كان موجودًا حَالَ العَقْد -: فالقولُ قولُ المشترِى مع يمينه؛ لأنه ملكه، والشفيعُ يريدُ انتزاعَهُ منه؛ فكان القولُ قولَهُ مع يمينه.

فصل: وإنِ ادعى على رجلٍ سُدُسَ دارٍ فى يده، فأنكره، ثم قالَ: أدفَعْ إليك السدس الذى ادعَيْته بالسدس الذى لك فى الدار الفلانيَّة، فتراضيا على ذلك -: صَحَّ، وثبتَ للشفيعِ فى السدس الذى ادَّعاه: الشفعةُ بقيمة السُّدُس الآخر، وللشفيعِ فى السدس الآخر أنْ يأخذ بقيمة السدس المدَّعى، وليس هذا من الصلح على الإنكار؛ لأنَّ ذلك أن يدعى شيئًا، فينكره المدعى عليه، ثم يبذل المنكر عوضًا عنه، وهاهنا: لم يبذل المنكر عوضًا عن السدس المدَّعى؛ وإنما جعله عوضًا عن السدس الآخر؛ فيكونُ تراضيهما على ذلك ابتداء معاوضة، وثبتَتْ بها الشفعة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل): وإن اختلفا فى الثمن، فقال المشترى: الثمن ألف، وقال الشفيع (هو) خمسمائةٍ؛ فالقول قول المشترى مع يمينه؛ لأنه هو العاقد، فكان أعرف بالثمن؛ ولأنه مالك للشقص، فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينةٍ.

(فصل): وإن ادعى الشفيع أن الثمن ألف وقال المشترى: لا أعلم قدره؛ فالقول قول المشترى؛ لأن ما يدعيه ممكن، فإنه يجوز أن يكون قد اشترى بثمنٍ جزافٍ، ويجوز أن يكون قد علم الثمن، ثم نسى فإذا حلف، لم يستحق الشفعة؛ لأنه لا يستحق من غير بدلٍ، ولا يمكن أن يدفع إليه مالًا يدعيه.

وقال أبو العباس: يقال له إما أن تبين قدر الثمن، أو نجعلك ناكلًا، فيحلف الشفيع: أن الثمن ألف، ويستحق، كما نقول فيمن ادعى على رجلٍ ألفًا، فقال المدعى عليه لا أعلم القدر، والمذهب الأول؛ لأن ما يدعيه ممكن، فإنه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمنٍ جزافٍ، لا يعرف وزنه، ويجوز أن يكون قد علم، ثم نسى.

ويخالف إذا ادعى عليه ألفًا، فقال: لا أعرف القدر؛ لأن هناك لم يجب عن الدعوى، وهاهنا أجاب عن استحقاق الشفعة، وإنما ادعى الجهل بالثمن.

(فصل): وإن قال المشترى: الثمن ألف، وقال الشفيع: لا أعلم، هل هو ألف أو أقل؛ فهل له أن يحلف المشترى؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له أن يحلفه حتى يعلم؛ لأن اليمين لا يجب بالشك.

والثاني: له أن يحلفه؛ لأن المال لا يملك بمجرد الدعوى.

وإن قال المشترى: الثمن ألف، وقال الشفيع: لا أعلم كم هو، ولكنه دون الألف؛ فالقول قول المشترى، فإن نكل، لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن؛ لأنه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم.

(الشرح) قوله: «ثمن جزاف» أي غير معدود ولا موزون.

الجزاف: اسم من جازف مجازفة من باب قاتل، والجُزاف بالضم خارج عن القياس والقياس بكسر الجيم.

وهو فى اللغة من الجزف، أى الأخذ بكثرة، وجزف فى الكيل جزفًا: أكثر منه. ويقال لمن يرسل كلامه إرسالًا من غير قانون: جازف فى كلامه، فأقيم نهج الصواب فى الكلام مقام الكيل والوزن[1].

الأحكام: إن اختلفا فى قَدْر الثمن، فقال المشترى: الثَّمَنُ ألفٌ وقال الشفيع: هو خَمْسمَائةٍ: فإن لم تكنْ هناك بينةٌ، فالقولُ قولُ المشترى مع يمينه؛ لأنه هو العاقِدُ؛ فكان أَعْرَفَ بالثمن، ولأنَّه مالك للشقص؛ فلا ينتزعُ منه بالدعوى مِنْ غير بيِّنَةٍ إلا بما يدَّعيه.

فإنْ قيل: «هَلَّا جعلتم القولَ قولَ الشفيع؛ لأنَّه غارمٌ؛ كما قلتم فى الغاصب، والمُتلف؟!»:

قلنا: الشفيعُ ليس بغارمٍ؛ لأنَّه لا شىء له عليه، وإنَّما يريد أن يملكَ عليه الشقص، بخلافِ الغاصب والمتلف.

فإن قيل: «فهلَّا قلتم: إنَّ الشفيع والمشترِىَ يتحالفان؛ كما قُلْتُمْ إذا اختَلَفَ البائعُ والمشترِى فى قَدْر الثمن؟!»:

---

(١) ينظر: لسان العرب، والمصباح المنير مادة: (جزف).

قلنا: إذا اختلف البائع والمشترِى فى الثمن، فكلُّ واحدٍ منهما مُدَّعٍ، ومدَّعًى عليه؛ فتحالفا، وليس كذلك هاهنا؛ فإنَّ الشفيع مدَّعٍ للشقص، والمشترى لا يدعى عليه شيئًا؛ لأنَّ المشترى إذا ثبَتَ له ما قال، كان الشفيعُ بالخيار؛ ولأنَّ المتبايعَيْنِ باشَرَا العقد، بخلافِ الشفيعِ والمشترى.

وحُكى عن مالك أنه قال: القولُ قولُ المدعيِ مع يمينه، إلا أن يكونَ المشترِى السلطانَ، أو شريكَهُ، أو جارَهُ.

وإن كان لأحدهما بينة، قضى له بها، والبينة: شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهدٌ ويمين؛ لأنَّه مالٌ لا يُقْبَلُ فيه شهادةُ البائع للمشترى ولا للشفيعِ؛ لأنَّه يشهدُ على فِعْلِ نفسه؛ ولأنَّه تلحقُهُ التهمة فى أنه يقصد بها تقليل الثمن؛ ليَرجعَ عليه إن أصابه درك بالقليل، لا بالكثير.

وإنْ أقام كلُّ واحدٍ منهما بينةً، قُدِّمَتْ بينة المشترى.

وقال أبو حنيفة: «تقدَّم بينةُ الشفيع» ؛ وهذا بناه على أَصْله: أنَّ بينة الخارج أَوْلَى، وعندنا: أنَّ بينة الداخل أَوْلى.

وقال القاضى أبو حامد: تتعارَضُ البينتان، ولا تقدَّم بينة المشتَرِى لأَجْل اليد؛ لأنَّهما لا يتنازعان فى اليد، وإنما يتنازعان فيما وَقَعَ عليه العقد.

والمشهورُ هو: الأوَّل.

فصل: وإنِ ادعى الشفيعُ على المشترى: أنه اشترى الشقْصَ بألف، وطلَبَ أخذَهُ بالشفعة، وقال المشترى: لا أَعْلَمُ قَدْرَ الثمن الذى اشتريته به -: فالجوابُ صحيحٌ، والقولُ قولُ المشترِى فى ذلك مع يمينه؛ لأنَّ ما يدَّعيه ممكنٌ؛ فإنه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمنٍ جزافٍ، ولا يعلَمُ قَدْرَهُ، ويجوزُ أن يكونَ عَلِمَ قَدْرَ الثمن، ثم نسى قدره، وإذا أمكَنَ ما قاله، كان القولُ قولَهُ. فإذا حلَفَ، صارَ فى الحُكْم كأنَّه اشتراه بثمنٍ مجهولٍ، والثمنُ المجهولُ بمنزلة المعدوم؛ فلم يستحقَّ الشفعةَ فيه؛ لأنه لا يستحقُّ الشقص من غير بَدَلٍ، ولا على أن يدفَعَ إِلَيْه ما لا يدَّعيه؛ فصار كما لو ورثه.

وقال أبو العباسِ بنُ سُرَيْج: لا يكونُ ذلك جوابًا؛ بل يقالُ له: إمَّا أن تبيِّن قَدْرَ الثمن الذى اشتريْتَ به، أو نجعلك ناكلًا. فإنْ لم يبيِّنْ، رُدَّتِ اليمين على الشفيع، فيحلفُ الشفيع أن الثمن ألف، ويستحقُّ الشقص بالشفعة؛ كما نقول فى رجلٍ ادعَى

على رجُلٍ ألفًا، فقال المدَّعَى عليه: لا أعلَمُ القَدْرَ الذى لك علىَّ - لم يكنْ ذلك جوابًا، ويعملُ بمثل ذلك.

والمذهب: الأوَّل؛ لأنَّ ما يدَّعيه ممكنٌ على ما تقدَّم ذكره. ويخالفُ إذا ادعى عليه ألفًا، فقال: لا أعْلَمُ القَدْرَ؛ فإنَّ هناك لم يُجِبْ عن الدعوَى، وهاهنا: أجابَ عن استحقاقِ الشفعةِ، وإنمَّا ادعى الجهلَ بالثمن.

فصل: وإنْ قال المشترى: الثمنُ ألْفٌ، وقال الشفيعُ: لا أعلَمُ هلْ هو ألْف، أو أقلُّ -: فهل له أن يحلف المشترى؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه ليس له أن يحلفه حتى يَعْلَمَ؛ لأنَّ اليمين لَا تجب بالشك.

والثانى: له أن يحلِّفه؛ لأنَّ المالَ لا يُمْلَكُ بمجرَّد الدعوى.

وإنْ قال المشترى: الثمنُ ألْف، وقال الشفيعُ: لا أعلم كَمْ هو، ولكنَّه دون الألف -: فالقول قولُ المشترِى، فإنْ نكَلَ، لم يحلفِ الشفيعُ حتى يعلم قَدْر الثمن، فإن علم قدر الثمن: حلف، وأخذ بالشفعة، ولا يأخذ بالشفعة قَبْلَ ذلك؛ لأنَّه لا يجوز أن يحلفَ على ما لا يَعْلَم، ولا أنْ يأخذ الشقْصَ مِنْ غير عوض.

قال المصنف -رحمه الله تعالى-:

(فصل): وإن اشترى الشقص بعرضٍ، وتلف العرض، واختلفا فى قيمته؛ فالقول قول المشترى؛ لأن الشقص ملك له، فلا ينتزع بقول المدعى.

(فصل): وإن أقر المشترى أنه اشترى الشقص بألفٍ، وأخذ الشفيع بألفٍ، ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين، وصدقه المشترى؛ لم يلزم الشفيع أكثر من الألف؛ لأن المشترى أقر بأنه يستحق الشفعة بألفٍ، فلا يقبل رجوعه فى حقه.

فإن كذبه المشترى فأقام عليه بينةً أن الثمن ألفان؛ لزم المشترى الألفان، ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الألف؛ لأنه كذب البينة بإقراره السابق.

(الشرح) قوله: «العَرْضُ»[1] بتسكين الراء: هو ضد النقد، وهو: ما عدا الذهب والفضة المسكوكة.

الأحكام: وإنِ اشترى الشقْصَ بعرضٍ، وتَلِفَ العرضُ - نَظَرْتَ:

فإن تلف فى يد المشترِى قبل أن يقبضَهُ البائع، وقَبْلَ أن يقبضَ الشفيعُ الشقْصَ -: بطَلَ البيعُ، وسقطَتِ الشفعةُ؛ لأنَّ الشفيع يستحقُّ الأخذ من المشترى بالثمن الذى

(١) ينظر النظم (٢/ ٣١).

ملك به الشقْص، فإذا كان معينًا، وتلف قبل القبض -بَطَلَ البيعُ فيه؛ لأنه لا يمكنُ إبدالُهُ؛ وإذا بطَلَ البيع، سقطَتِ الشفعةُ.

وإن تَلِفَ بعد أن قبضَهُ البائع، فالبيعُ بحاله، وإن تلف فى يد المشترى بَعْدَ أن قبضَ الشفيعُ الشقْصَ، بطَلَ البيعُ، ولم تبطلِ الشفعةُ، لكنْ يرجعُ البائع على المشتَرِى بقيمةِ الشِّقْصِ؛ لأنَّ البائع إنما ثبت له الرجوعُ فى المبيع إذا بطلَ البيعُ: إذا كان المبيعُ باقيًا على مِلْكِ المشترى، وقد انتقل المبيع من ملك المشترى إلى مِلْكِ الشفيعِ؛ فسقَطَ حقُّه إلى قيمتِهِ؛ كما لو باعَهُ أو وهَبَهُ، وأقْبَضَهُ، وعلى الشفيع قيمتُهُ.

فإنِ اختلَفَا فى قيمته؛ فقاَلَ الشفيع: قيمتُهُ عشرةٌ، وقال المشترى: قيمته عشرون -: فالقولُ قولُ المشترِي مع يمينه؛ لأنَّ الشقْصَ مِلْكٌ له؛ فلا ينتزعُ منه بقولِ المدَّعى، وأيُّهما أقام بينةً على ما ادَّعاه، قِضَىَ له بها.

فإنْ أقاما جميعًا البينَةَ، فهو كما لو اخْتلَفَا فى قدر الثمن، وأقام كلُّ واحدٍ منهما بينةً على ما ادَّعاه.

وقيلَ: بينةُ الشفيعِ أَوْلَى؛ لأنَّ الذى شهدتْ به يقينٌ.

وقيل: غير ذلك.

فصل: وإنِ اختلَفَ البائعُ والمشترى فى قَدْرِ الثمن، فإنْ كان للمشترِى بينةٌ بما ادعاه، قُضِىَ له بها، واستَحقَّ الشفيعُ الأَخْذَ بذلك القدر، وإنْ كان للبائعِ بينةٌ بما ادَّعاه، قضى له بها، وللشَّفيعِ أن يأخذه بما ذَكَرَ المشترى؛ لأنَّه قد أَقَرَّ بأنه لَا يستحقُّ على الشفيع أكثر من ذلك.

وإنْ كان مع كلِّ واحدٍ منهما بينةٌ، تعارضتا فى أصحِّ القولَيْن، وسقَطَتَا، والحكمُ فى ذلك - كالحكم فيه إذا لم يكنْ هناك بينةٌ - أن يتحالفا، ثم يقال للشفيع: إنِ اخترْتَ أن تأخذه بما حلف البائع عليه، فَخُذْهُ، وإلَّا فدَعْهُ؛ لأنَّ المشترِىَ لو أراد أن يأخذه بعد يمين البائعِ، لم يكُنْ له أن يأخذه بأقَلَّ من ذلك؛ فكذلك الشفيعُ، ولا تسقُطُ الشفعةُ بتحالفهما، وفسخ البيع؛ كما لو تفاسخا بوَجْه آخر.

فصل: وإنْ أقرَّ المشترِى: أنه اشتَرَى بالألْفِ، ثمَّ ادَّعى البائعُ: أنَّ الثمن كان أَلْفَيْن، وصدقه المشترى -: أخذ البائع من المشترى الألفَيْن، ولم يَلْزَمِ الشفيعَ أكثَرُ من الألف؛ لأنَّ المشترى أقرَّ بأنَّ الشفيع يستحقُّ الشفعة بألْفٍ؛ فلا يقبل رجوعُهُ فى

حق الشفيع، وإن كذّبه المشترى، وأقام البائعُ عليه بيّنةً أنَّ الثمن ألفانِ -: لزم المشترِىَ الألفان، ولا يرجع المشترِى على الشفيعِ بما زاد على الألْف، سواءٌ قال: ظَلَمَنِى، أو كنْتُ نَسِيتُ الألف الآخر؛ لأنَّه كذَّبَ البينَةَ بإقراره السابِقِ؛ فلا يقبلُ قولُهُ على الشفيع؛ كما لو قال: لفلانٍ عَلىَّ ألْفٌ ثمَّ قال: كنْتُ نَسِيتُ أنى قضيتُهُ نِصْفَ ذلك -: لم يقبل قولُهُ على المُقَرِّ له.

وإنْ قال المشترى: الثمَنُ حالٌّ، وقال الشفيع: بل مؤجَّلٌ -: فالقولُ قولُ المشترى مع يمينه فى أنَّ الثمن حالٌّ، فإن حلف، قيل للشفيع: إنْ عَجَّلْتَ الثمن أخذتَهُ، وإلا سقَطَ حَقُّكَ من الشفعة.

وكذلك إن اختلفا فى قَدْر الأجَلِ وقَدْرِ الثمن، فالقولُ قولُ المشترى مع يمينِهِ.

فصل: وإنِ ادعى على إنسانٍ الشفعة فى شِقْصٍ فى يده، فقَالَ: هذا الشقص لفلانٍ الغائب، أو قال هذا لفلان الصغير لم يكن للشفيع الشفعة فى الشقص إلى أن يقدم الغائب ويبلغ الصغير، فيطالبهما بذلك، ولا يسأل المقر عن سبب ملك الغائب وملك الصغير؛ لأن إقراره بعد ذلك إقرار فى ملك الغير؛ فلا يسأل لأن إقراره لا يقبل، ويفارق إذا أقر بالشرى ابتداء؛ لأن الملك ثبت لهما بإقراره بذلك؛ فيثبت جميع ما أقر به.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

فصل): فإن كان بين رجلين دار، وغاب أحدهما، وترك نصيبه فى يد رجلٍ، فادعى الشريك على من فى يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه، وأنه استحق أخذه بالشفعة، فأقر به.

فهل يلزمه تسليمه إليه بالشفعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يسلمه؛ لأنه أقر بالملك للغائب، ثم ادعى انتقاله بالشراء، فلم يقبل قوله.

والثانى: يسلم إليه؛ لأنه فى يده، فقبل قوله فيه.

(فصل): وإن أقر أحد الشريكين فى الدار أنه باع نصيبه من رجلٍ، ولم يقبض الثمن، وصدقه الشريك، وأنكر الرجل؛ فقد اختلف أصحابنا فيه.

فمنهم من قال: لا تثبت الشفعة للشريك؛ لأن الشفعة تثبت بالشراء، ولم يثبت

الشراء، فلم تثبت الشفعة للشريك.

وذهب عامة أصحابنا إلى أنه تثبت الشفعة، وهو جواب المزنى فيما أجاب فيه على قول الشافعى - رحمه الله - ؛ لأنه أقر للشفيع بالشفعة، وللمشترى بالملك، فإذا أسقط أحدهما حقه، لم يسقط حق الآخر؛ كما لو أقر لرجلين بحق فكذبه أحدهما، وصدقه الآخر.

وهل يجوز للبائع أن يخاصم المشترى؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لأنه يصل إلى الثمن من جهة الشفيع، فلا حاجة به إلى خصومة المشترى.

والثانى: له أن يخاصمه؛ لأنه قد يكون المشترى أسهل فى المعاملة من الشفيع.

فإن قلنا: لا يخاصم المشترى أخذ الشفيع الشقص من البائع، وعهدته عليه؛ لأنه منه أخذ، وإليه دفع الثمن.

وإن قلنا: يخاصمه، فإن حلف أخذ الشفيع الشقص من البائع، ورجع بالعهدة عليه، وإن نكل فحلف البائع؛ سلم الشقص إلى المشترى، وأخذ الشفيع الشقص من المشترى، ورجع بالعهدة عليه؛ لأنه منه أخذ، وإليه دفع الثمن.

وإن أقر البائع بالبيع، وقبض الثمن، وأنكر المشترى، فمن قال: لا شفعة إذا لم يقر بقبض الثمن، لم تثبت الشفعة إذا أقر بقبضه.

ومن قال: تثبت الشفعة إذا لم يقر بقبض الثمن، اختلفوا إذا أقر بقبضه، فمنهم من قال: لا تثبت؛ لأنه يأخذ الشقص من غير عوضٍ، وهذا لا يجوز.

ومنهم من قال: تثبت؛ لأن البائع أقر له بحق الشفعة، وفى الثمن الأوجه الثلاثة التى ذكرناها، فيمن ادعى الشفعة على شريكه، وحلف بعد نكول الشريك، والله أعلم.

(الشرح) قوله: «وعهدته عليه»[1] أى: تبعته، وما يلحق المشترى من استحقاق العين والشفعة، وإصلاحه وتصحيحه عليه.

قال الأزهرى[2] : العهدة: ضمان عيب كان معهودًا عند البائع.

---

(١) ينظر النظم (٢/ ٣١).

(٢) ينظر الزاهر ص (٢٠٩).

الأحكام: إن كان بين رجلين دار، وغاب أحدهما وترك نصيبه فى يد رجل، وادعى الشريك على من فى يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه وأنه يستحق أخذه منه بالشفعة - نظرت:

فإن أنكر الوكيل الشرى فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف فلا شفعة، وإن نكل فحلف الشريك، فإن قلنا: إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالإقرار - فهو كما لو أقر ابتداء. وفيه وجهان يأتى ذكرهما، إن شاء الله تعالى.

وإن أقام الشريك بينة على الشراء قضى له بالشفعة وجها واحدا، وبه قال أبو حنيفة.

قال المزنى: وهذا قضاء على الغائب بالبيع ومن أصحابنا من قال: ليس بقضاء على الغائب؛ لأنه لو كان قضاء على الغائب لكان يحتاج إلى اليمين مع الشهادة. فإن أقام الوكيل بينة بأن الغائب أودعه لم تكن معارضة للبينة الأخرى؛ لأنها لا تنافى بينة الشريك. وإنْ أقامَ بينةً أنه ما اشترَى، لم تسمَعْ؛ لأنَّ البينةَ لا تسمَعْ على نفى مجرَّدٍ؛ لأنَّه لا فائدَةَ فيه. وإنْ أقرَّ الوكيلُ بأنَّه اشتراه من الموكِّل، فهل يلزمُهُ تسليمُهُ إليه بالشُّفْعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه تسليمُهُ؛ لأنَّه أقرَّ بالملك للغائِبِ، ثمَّ ادعى انتقالَهُ إليه بالشَّرْيِ؛ فلم يقبَلْ قولُهُ فى حقِّ الموكِّل، ويكتُبُ الحاكمُ إلى حاكِمِ البلد الذى فيه الموكِّل؛ فَيَسْأَلُهُ عن ذلك.

والثانى: أنه يلزمُهُ أنْ يسلِّمَهُ إليه؛ وبه قال أبو حنيفَةَ؛ لأنه أقرَّ للشفيع بحقٍّ فيما فى يده، فقبل قوله فيه، ويذكر الحاكمُ ذلك فى السِّجِلِّ، وينتظر الغائب:

فإنْ حضر وصدَّقه، تَمَّ ذلك، وإنْ أنكَرَ البيعَ - وليس هناك بينةٌ - فالقولُ قولُهُ مع يمينه: إنه ما باعَ. فإذا حلف، ردَّ الشقص عليه، وأجرة مثله، وأَرْش نقص إنْ حدَثَ به، وله أن يرجعَ بذلك على مَنْ شاء منهما: فإنْ رجع على الوكيلِ، رجَعَ به الوكيلُ على الشفيع، وإنْ رجَعَ على الشفيعِ، لم يرجعْ به الشفيعُ على الوكيل؛ لأنَّ التَّلَفَ حصَلَ فى يده.

وفيه وجْهٌ آخر: أنَّهُ يرجع عليه؛ لأنه غرَّه، وقَدْ مضَى تعليله.

فصل: وإنْ أقرَّ أحَدُ الشريكين فى الدارِ أنَّه باع نصيبهُ مِنْ رجلٍ، ولم يَقْبِضْ منه الثَّمَنَ، وصدَّقه الشريك، وأنكَرَ الرجُلُ الشرى، وقال الشفيع: أنا أدفَعُ الثمن، وآخُذُ

الشقْصَ -: فَهَلْ تثبتُ له الشفعَةُ بذلك؟ اختلَفَ أصحابنا فيه:

فمنهم من قال لا تثبُتُ الشفعةُ للشريك، وبه قال مالكٌ؛ لأنَّ الشفعَةَ تثبتُ بالشراء، ولم يثبتِ الشراء؛ فلم تثبتِ الشفعةُ؛ أَلَا ترَى أنَّ النسب إذا لم يَثْبُتْ بإقرارِ أحد الورثة، لم يثبت الميراث؟!

وذهَبَ عامَّة أصحابنا: إلى أنه تثبتُ الشفعةُ، وهو جوابُ المزنى فيما أجابَ فيه على قَوْلِ الشافعى، وبه قال أبو حنيفة وأحمد؛ لأنه أقرَّ للشفيع بالشفعةِ، وللمشترى بالملك، فإذا أسقَطَ أحدُهما حقَّه، لم يسقطْ حقُّ الآخر؛ كما لو أقرَّ لرجلَيْن بحقٍّ، فكذَّبه أحدهما وصدَّقه الآخر، ويفارقُ النسَبَ؛ لأنَّ النسَبَ يتضمَّن حقًّا له وحقًّا عليه؛ فإذا لم يثبتْ ماله، لم يثبتْ ما عليه، وهاهنا ثَبَتَ ما له، وهو الثمن، فيثبتُ ما عليه.

فإنْ قلنا: لا تثبتُ الشفعةُ، فللبائعِ مخاصمَةُ المشترى وإحلافُهُ؛ فإنْ حلف، سقطَتِ الدعوى، وإنْ نكَلَ، حلَف البائع، وثبتَ البيعُ، وثبتَ فيه الشفعة.

وإنْ قلنا: إنَّ الشفعة ثبَتَتْ: فإنْ رضى البائعُ بتَسْليمِ الشِّقْصِ إلى الشفيع، وأخذ الثمن منه -: كانت العُهْدة عليه. وإنْ أراد البائعُ أن يخاصم المشترى، فهلْ له ذلك أم لا؟: فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لأنه يصل إلى الثمن من جهة الشفيع؛ فلا حاجة به إلى خصومة المشترى.

ولا يلزم من ادعى على رجل دينًا، فقال له رجل: أنا أدفعه إليك ولا تخاصمه، حيث قلنا: لا يلزمه قبوله؛ لأن عليه فى الدين منة فى قبوله من غير من عليه الدين، وهاهنا بخلافه.

والثانى: له أن يخاصم المشترى؛ لأنه قد يكون المشترى أسهل فى المعاملة من الشفيع فى حقوق العقد، وفى الدرك.

فإن قلنا: إنه لا يخاصم المشترى، أخذ الشفيع الشقص من البائع وعهدته عليه؛ لأنه منه أخذه، وإليه دفع الثمن.

وإن قلنا: إنه يخاصمه: فإن حلف سقطت دعواه عنه، وأخذ الشفيع الشقص من البائع، ورجع بالعهدة عليه. وإن نكل فحلف البائع، ثبت الشراء، وسلم الشقص إلى المشترى، وأخذه الشفيع من المشترى، ثم يرجع بالعهدة عليه؛ لأنه منه أخذ،

وإليه دفع الثمن.

وإن أقر البائع بالبيع وقبض الثمن، وأنكر المشترى الشراء - فمن قال: لا شفعة إذا لم يقر بقبض الثمن، لم يثبت الشفعة فيه إذا أقر بقبضه.

ومن قال: تثبت الشفعة إذا لم يقر بقبض الثمن، اختلفوا إذا أقر بقبضه:

فمنهم من قال: لا تثبت له الشفعة؛ لأنه يأخذ الشقص من غير عوض، وهذا لا يجوز؛ كما لا يجوز أخذه بالشفعة فى الهبة.

ومنهم من قال: تثبت الشفعة؛ لأن البائع أقر له بحق الشفعة؛ فلزمه دفعه إليه.

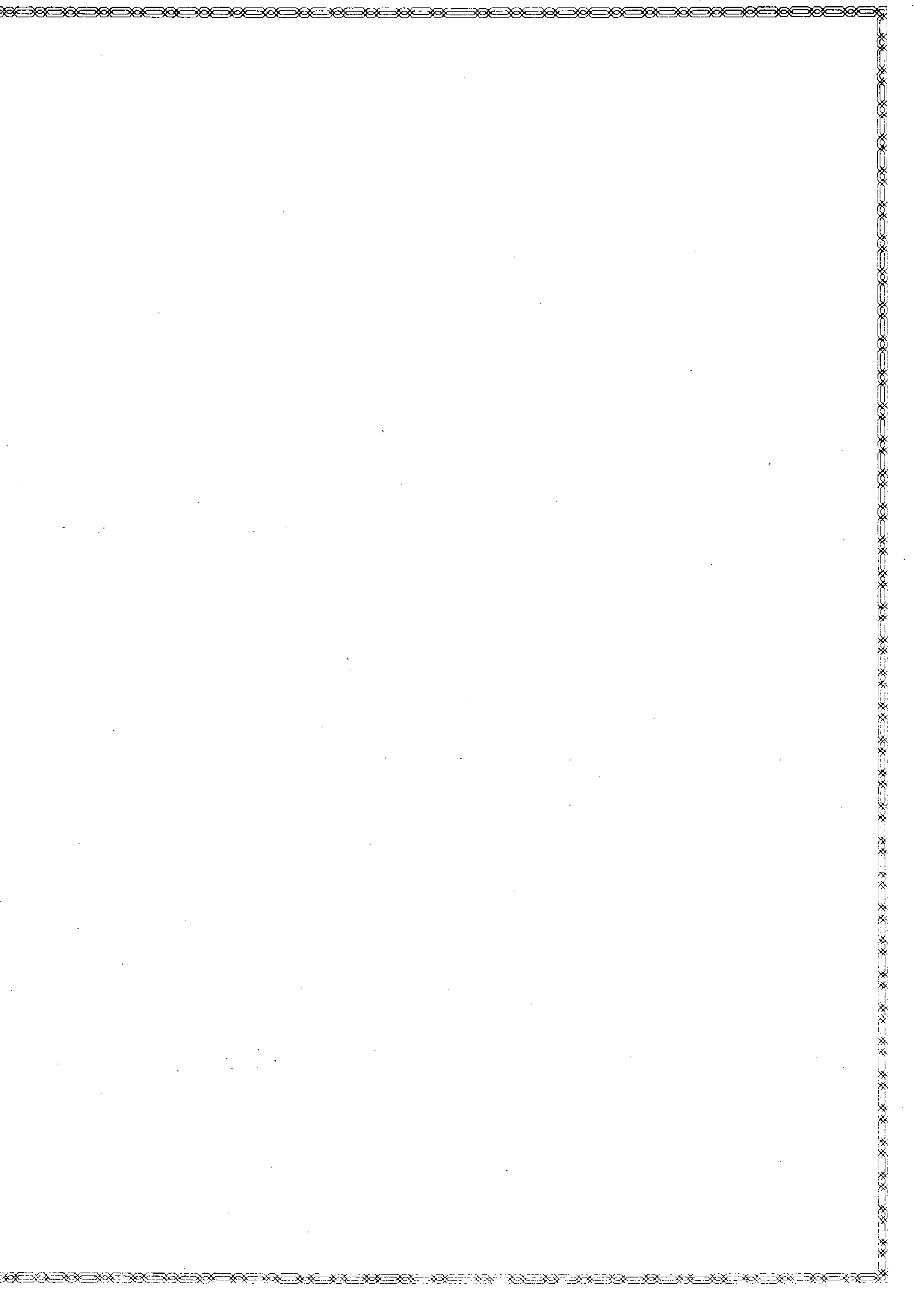
وفى الثمن الأوجه الثلاثة التى ذكرناها فيمن ادعى الشفعة على شريكه، وحلف بعد نكول الشريك:

أحدها: يقال للمشترى: إما أن تأخذ الثمن، أو تبرئ منه.

والثانى: يبقى فى ذمة الشفيع حتى يدعيه.

والثالث: يترك عند الحاكم حتى يدعيه. والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *



فهرس الموضوعات